

LA CLAUSE DE REPRISE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

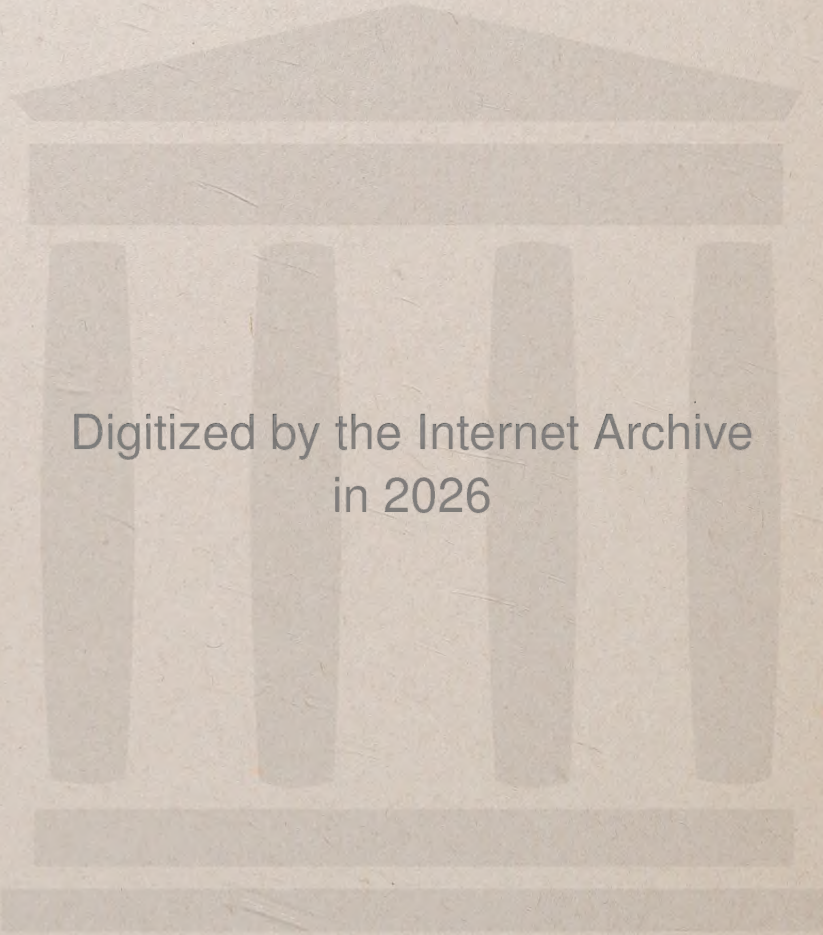
Sera soutenu le 21 Mai 1931, à 14 heures

F. DUPUIS

Suffragants } MM. WAHL, Professeur.
PERCEROU, Professeur



1931



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552003_0003

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculte n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LA
CLAUSE DE REPRISE
DU
FONDS DE COMMERCE

—:O:—

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le 21 Mai 1931, à 14 heures

PAR

F. DUPUIS

Président : M. RIPERT, Professeur.

Suffrageants { MM. WAHL, Professeur.
 PERCEROU, Professeur



PARIS
LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU
ROUSSEAU & C^{ie}, Editeurs
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULIER, 13 (v°)

1931

*Tous droits de reproduction, de traduction et adaptation
réservés pour tous pays*



INTRODUCTION

DÉFINITION, BUT ET UTILITÉ DE LA CLAUSE DE FONDS DE COMMERCE

La clause dite « de fonds de commerce » insérée dans un contrat de mariage donne au conjoint survivant la faculté de prélever, sous certaines conditions, et sous certaines charges, le fonds de commerce exploité par les époux au jour du décès.

Elle accorde au survivant un délai pour manifester sa volonté d'en user ou non, et elle fixe les obligations qui résulteront pour lui de son acceptation.

Originellement limitée au fonds de commerce proprement dit, les nécessités de la pratique ont conduit à l'étendre à toute exploitation de nature commerciale, industrielle ou financière, et même

à l'exploitation agricole ou aux droits possédés dans une société.

Généralement, et c'est là l'originalité de la clause, le survivant est tenu, s'il opte pour le prélèvement, de payer la valeur du fonds éléments incorporels et corporels, à dire d'experts désignés l'un par lui même et l'autre par les représentants de la succession (1).

Cette clause n'est pas récente, et si l'importance que prend dans la vie moderne l'élément « fonds de commerce » l'a rendue de plus en plus courante, elle existait dans la pratique depuis fort longtemps (2).

Cette clause tire son avantage, en effet, des inconvénients qui surgissent lorsqu'elle n'existe pas. On peut dire qu'elle a surtout pour but de neutraliser les effets parfois désastreux du droit commun, plutôt que de créer de nouveaux droits quoique ceux qu'elle procure soient des plus appréciables surtout en matière fiscale.

Elle évite d'abord au cas où le survivant opte pour le prélèvement de comprendre le fonds au partage des biens dépendant de la succession et le soustrait à tous les inconvénients qu'il pourrait y avoir à cette opération en cas de mécontente

(1) Clause du traité formulaire d'Amiaud (en appendice).

(2) Degand, thèse, Paris 1916, p. . — H. Capitant, *Revue critique de législation de jurisprudence*, 1925, p. 21.

entre les héritiers : elle évite notamment la licitation avec toutes les formalités longues et coûteuses qui y sont inhérentes.

Si tous les ayants-droit sont majeurs, la licitation a lieu amiablement et ses inconvénients peuvent être réduits : le moment le plus favorable pour obtenir le meilleur prix peut être choisi, la désignation de l'officier public qui sera chargé de la vente sera faite d'un commun accord, conditions de temps et de lieu qui ont déjà une importance considérable en matière d'adjudication d'immeubles mais plus encore lorsqu'il s'agit de ce bien fragile qu'est un fonds de commerce.

Mais même en présence de parties majeures, lorsque leur mésentente oblige à une licitation, les inconvénients à l'égard de tous les intéressés restent sérieux. Le fonds demeure, entre le jour du décès et celui de la vente, pratiquement sans maître, sans animateur. Nul ne se souciant parmi ses propriétaires, incompetents ou pris par leurs propres affaires, par ailleurs, de s'en occuper sérieusement, avec l'arrière-pensée que le produit de leur travail profitera à un autre et que la plus-value donnée se répartira entre tous les héritiers.

Un fonds ainsi géré périlite vite et le prix que l'on peut en demander est évidemment bien inférieur à celui que pourrait en retirer dans une vente amiable celui qui l'a créé, qui peut le présenter à son

successeur en pleine prospérité et en en mettant tous les avantages en lumière.

Et si l'époux survivant est apte à le gérer convenablement, il sera difficile d'obtenir de la méfiance des co-licitants sa nomination comme administrateur, si tant est qu'il veuille bien accepter cette charge dont le résultat principal sera de faire bénéficier de son travail ceux-là même qui lui auront refusé une cession amiable.

En présence de mineurs, cas fréquent, car c'est souvent par le décès prématuré d'un conjoint que l'on trouve des mineurs intéressés dans une succession dont dépend un fonds de commerce, cet élément patrimonial faisant défaut chez des gens âgés, retirés des affaires, et dont les enfants on atteint leur majorité, à tous les inconvénients signalés, viendront s'ajouter ceux du partage judiciaire.

La jurisprudence, toujours très stricte lorsque des intérêts de mineurs sont en jeu, ne permet pas la vente de ce meuble qu'est le fonds de commerce sur avis conforme du conseil de famille et homologation de sa décision. Elle considère que cette opération équivaut, et en fait elle y aboutit, à un véritable partage, sans que les formes habituelles aient été observées (1). Il faut alors non seulement vendre le fonds sur licitation judiciaire, mais en-

(1) Seine, 23 juin 1880. D. P., 81-3-71.

core faire le partage de la succession dans la même forme, en supportant tous les frais qu'une telle opération entraîne. L'article 452 du C. C. ordonne que la vente soit faite dans le mois de la clôture de l'inventaire, même si alors les conditions de vente sont défavorables. Et le partage a lieu, même s'il ne s'imposait pas immédiatement.

Dans ce cas, comme dans bien d'autres, notre législation protectrice des mineurs, si elle les met à l'abri de l'incapacité ou de la malhonnêteté de ceux dont les intérêts sont liés au leur, ne leur permet pas, par conséquent inévitable, de profiter de la capacité et de la bonne volonté de ceux qui les représentent.

L'inconvénient de la vente judiciaire est tel que la pratique a cherché pour y échapper des expédients comme le porte-fort, la vente publique sans attribution de qualité, sur simple ordonnance de référé (1)

L'indivision, outre qu'elle est un moyen en marge du Code (art. 452), a l'inconvénient d'obliger à la majorité des héritiers, mineurs au décès, à des comptes compliqués, difficiles à donner avec exactitude, et partant souvent inexacts. Il y a une trop lourde responsabilité pour un tuteur et un subrogé

(1) Cass. civil, 23 mai 1915, D. P., 1906, 1-369.

tuteur pour qu'elle puisse être envisagée comme moyen pratique.

Dans le régime de la communauté légale, le Code n'a pas laissé la place qu'ils avaient dans notre ancien droit, aux gains de survie qui auraient pu, dans une certaine mesure, parer à ces inconvénients.

L'utilité de la clause, en dehors du fait qu'elle évite toutes ces difficultés, se manifeste, évidemment, à l'égard du survivant aussi bien au point de vue civil qu'au point de vue fiscal, et tout au moins au point de vue convenance personnelle. Nous aurons l'occasion l'étudier les effets de l'option dans les pages qui suivent.

CHAPITRE PREMIER

I

DE LA NATURE DES CONVENTIONS DE MARIAGE

Le contrat de mariage est entre les conjoints le pacte qui réglera leur association pécuniaire, au même titre que les statuts entre les membres d'une société. Il doit donc au moins contenir des dispositions ayant pour but de régler d'une part les intérêts et de l'association conjugale et de chacun des époux, d'autre part de déterminer le mode de reprise de l'apport de chacun et du partage de l'actif commun s'il y a lieu.

Sous les régimes exclusifs de communauté, le contrat n'aura à envisager que le mode de coopération de la fortune de chacun des époux pour les besoins matériels de la vie journalière pendant la durée du mariage. Il n'a pas à s'occuper de la liquidation des droits de chacun, puisqu'il n'y a pas

de partage à intervenir lors de la dissolution de l'union. Seules seront nécessaires des conventions pour faciliter la reprise par les époux de ce qui leur appartient, conventions ayant surtout pour but de trancher nettement et arbitrairement les difficultés éventuelles les plus fréquentes et d'éviter ainsi des litiges possibles.

Sous les régimes de communauté l'association conjugale a un but lucratif, il y a un actif commun à prévoir, qui sera à partager, il faudra, le mariage dissout, faire une liquidation pour déterminer les droits de chacun.

Alors que dans le premier cas il n'y a que deux masses de biens qui sont constituées respectivement des propres de chaque époux, dans le deuxième cas s'ajoute une troisième masse, celle des biens de communauté constituée soit indépendamment des deux premières soit aussi à leur détriment.

Sur cette masse commune, les conjoints peuvent faire diverses stipulations, soit au profit de l'un d'eux, nommément désigné, soit au profit du survivant. L'art. 1497 indique un certain nombre de modifications qui peuvent être apportées au partage égal de la communauté, cet article n'est d'ailleurs pas limitatif, les conjoints peuvent faire sur ce point toutes autres conventions pourvu, dit-il, qu'elles soient « non contraires aux articles 1387 à 1390 ».

Quelle est la nature du droit ainsi accordé par l'article 1497 ?

L'article 1516 précise que le préciput ne doit pas être considéré « comme avantage sujet aux formalités des donations », mais comme une convention de mariage et l'article 1525 décide que l'attribution de la totalité de la communauté à l'un des époux, ou au survivant, n'est pas une donation mais une « convention de mariage et entre associés ».

La loi considère donc que les avantages que les conjoints peuvent se faire par contrat de mariage ont un caractère juridique particulier lorsqu'ils portent sur des biens communs. Le droit accordé au bénéficiaire tire sa force du pacte social qu'est le contrat au même titre que celui des associés ordinaires des statuts de la société.

On a l'habitude de désigner ces conventions sous le nom de « conventions de mariage », mais il ne faut pas perdre de vue les mots « et entre associés » de l'article 1525 qui indique bien que c'est du pacte social que la loi considère qu'elles tirent leur efficacité.

Les conventions de partage inégal de la communauté visées par l'art. 1525, de même que le préciput de l'art. 1516, sont des conventions de mariage résultant du pacte social, par conséquent à

titre onéreux, comme toutes conventions de contrats commutatifs. Les décisions de jurisprudence se basent sur ce caractère qui était également admis par nos anciens auteurs (1).

Le pacte social ne peut évidemment donner aux contractants des pouvoirs sur d'autres biens que sur les biens communs. Dès que la convention porte sur des propres, il ne saurait être question de lui appliquer les dispositions des articles 1516 ou 1525.

Par conséquent, la stipulation accordant à l'époux survivant un avantage sur un propre de son conjoint ne pouvant s'analyser en une convention de mariage sera une libéralité, ou tout autre contrat dont la nature est à déterminer (2). Nous verrons plus loin comment la jurisprudence envisage la question.

Il résulte de cette analyse que nous devons considérer la clause de reprise sous deux aspects principaux.

L'un lorsque le fonds dépend de la communauté.

L'autre lorsqu'il est propre au prémourant.

(1) C. Croizat, *La notion d'avantage matrimonial*, Rev. crit. de lég. et de jurispr., 1928, p. 160.

(2) Degand, *op. cit.*, p. 29 : « et elle (la faculté du partage inégal) ne peut affecter les propres sans changer de nature et devenir une donation, une vente, un bail ou tout autre contrat ».

II

FONDS DÉPENDANT DE LA COMMUNAUTÉ

Le fonds peut dépendre de la communauté soit parce qu'il a été créé par les époux pendant son cours, soit parce qu'il lui a été vendu par l'époux propriétaire aux termes du contrat.

Lorsque l'époux apporteur et vendeur contracte sa première union, ou n'a pas d'enfants issus d'un mariage antérieur, que le fonds soit commun parce qu'il en a été ainsi stipulé au contrat, ou qu'il ait la même nature parce qu'il a été créé au cours de la deuxième union, les effets de la clause dans les deux cas sont les mêmes.

Il en est différemment lorsque d'une première union existent des enfants, l'action en retranchement leur est acquise et ils peuvent en user s'il y a lieu.

Nous nous proposons d'examiner d'abord la nature de la clause de reprise et ses effets en présence seulement d'enfants communs, puis nous étudierons, sous un second paragraphe, ses effets en cas d'existence d'enfants issus d'un précédent mariage.

**La nature de la clause de reprise
lorsque le fonds est commun**

Le droit d'option peut être accordé au conjoint survivant, soit à titre gratuit, soit moyennant le

paiement d'une indemnité à la communauté, indemnité qui peut être d'une partie ou de la totalité de la valeur du fonds.

Dans les deux cas, la validité de la clause n'est pas mise en doute, c'est à titre de propriétaire que l'époux survivant reprend le fonds, comme conséquence directe de la nature de convention du mariage et entre associés que présente la clause (1).

Son option a un effet déclaratif et de même que dans un partage après décès le co-partageant est censé avoir succédé-seul aux objets mis à son lot, de même l'époux par son option est censé avoir été seul propriétaire du fonds depuis son entrée dans la communauté.

Cependant, il faut noter qu'alors que le co-partageant ordinaire prend le bien mis en son lot libre de toutes charges dont ses co-indivisionnaires ont pu le grever, conformément à l'art. 883 du Code Civil, l'art. 1471 met obstacle à la disparition des droits que le mari a pu conférer à des tiers sur le fonds objet de l'option. Les dispositions de cet article sont d'ordre public, et il ne saurait y être dérogé par des conventions particulières. Bien au contraire, l'art. 1497 stipule que les modifications au partage égal de la communauté permises aux époux ne devront pas être contraires notamment

(1) Cass., 14 janvier 1931, *Gaz. du Palais*, 7 mars 1931, n° 66.

à l'article 1388. Et ce dernier article prohibe formellement toutes conventions matrimoniales qui porteraient atteinte aux droits du mari comme chef de la communauté. Pendant le mariage, ce sont donc les règles ordinaires qui s'appliquent, sans qu'il y ait à se préoccuper de la clause, et les charges dont le mari a grevé le fonds sont pleinement opposable à la femme bénéficiaire de la clause.

Par contre, le mari ne peut, par dispositions à cause de mort, priver l'épouse survivante du bénéfice de l'option. L'article 1471 qui a pour but de consacrer les pouvoirs du mari, chef du ménage, sur la communauté devient sans application au décès de ce dernier, et un legs qu'il aurait fait du fonds, ne donnerait au bénéficiaire, aux termes de l'article 1423, que le droit d'en prélever la valeur s'il n'a pas été mis par l'effet du partage au lot des héritiers du mari. La clause de reprise soustrayant le fonds des biens à partager, le légataire ne pourra donc pas le réclamer en nature (1).

En conséquence, le mari pourra aliéner le fonds, l'apporter en société, et dans ce dernier cas, la clause de reprise du fonds ne pourra jouer, s'il n'est prévu pour le survivant la même faculté à

(1) Trib. Civ. Lyon, 7 juillet 1922. Voir Defrenois, 20.400.

l'égard des droits sociaux, et sous la réserve que les statuts de la société admettent la possibilité d'introduire ainsi un nouvel associé, si par exemple, c'est l'époux membre de la société qui prédécède. Le cas est fréquent, et il faut avoir soin si l'on veut que la clause soit effective de mettre les statuts de la société en harmonie avec les stipulations du contrat. Dans les sociétés en nom collectif où la question de personne est prépondérante, il arrivera souvent que les associés se souciant peu, en cas de prédécès de l'un d'eux, de continuer la société en en partageant les bénéfices avec son conjoint, préféreront stipuler qu'elle se continuera avec ses ayants droit comme simples commentaires. Dans ce cas, le fonds est définitivement sorti de la communauté, et le montant de la commandite qui remplace sa valeur ne peut donner lieu à l'exercice de l'option du conjoint non associé survivant (1). Il se produit une double opération : d'une part aliénation des droits sociaux au profit des associés survivants d'après les règles posées par les statuts, et d'autre part création d'une commandite qui dépend de la communauté. Le partage de cette commandite aura lieu suivant les règles ordinaires.

(1) Req. 24 mars 1903, D. P., 1904-1 - 33.

1^{er}

Les effets de la clause à la dissolution de la communauté en présence seulement d'enfants communs.

C'est à la dissolution de la communauté que la clause de reprise entre en vigueur, dissolution qui a lieu soit par le décès de l'un des époux, soit par divorce ou séparation de biens. Ses effets ne sont pas les mêmes dans ces différents cas, tout au moins si sa rédaction ne les envisage pas expressément en ce qui concerne le divorce et la séparation de biens, il y a donc lieu de les étudier séparément.

1) Dissolution par décès.

Le décès de l'un des époux est la cause normale et la plus courante de la dissolution de la communauté. Il en a même été la seule pendant longtemps, et c'est en le prévoyant que la clause a d'abord été conçue. C'est ce qui explique que dans la plupart des contrats rédigés dans les années qui ont suivi la loi Naquet, elle est seule mentionnée comme devant ouvrir la faculté d'option de l'époux survivant.

Si c'est la femme qui survit, elle peut accepter la communauté ou y renoncer, si c'est le mari, la clause n'a d'effet qu'autant que les héritiers de la femme acceptent la communauté.

Nous étudierons d'abord le cas où la communauté est acceptée par la femme survivante ou par ses héritiers si elle est prédécédée, et dans un paragraphe spécial nous envisagerons la situation créée par la renonciation à communauté de la femme survivante.

La communauté dissoute par décès est acceptée.

Le survivant, mari ou femme, entendant bénéficier de la clause de reprise devra d'abord se conformer aux conditions de forme qu'elle impose.

L'option prend place généralement dans la séance de l'inventaire où il a été procédé à l'évaluation de la valeur du fonds. Cette évaluation est faite d'après les indications fournies par le contrat, soit par un commissaire-priseur assisté de deux experts, soit, et dans la pratique c'est la règle habituelle, par deux experts choisis par les parties.

L'expertise n'étant pas faite par un officier priseur, il faudra avoir soin de choisir des personnes dont la capacité et l'honnêteté ne puissent être mises en doute, pour éviter à une partie mécontente la possibilité d'attaquer ultérieurement leur estimation comme faite en fraude de ses droits. C'est pour cette raison qu'il faut déconseiller le choix d'experts employés ou parents de l'une des parties.

Le commissaire-priseur, si le contrat de mariage ne lui en donne pas la faculté, ne doit pas intervenir

dans l'estimation du fonds qui, dans le cas contraire, pourrait être attaquée comme irrégulière(1).

A défaut d'inventaire, si le contrat ne l'exige pas, l'estimation a lieu sous toutes formes respectant les clauses du contrat, et l'option peut être soit signifiée aux héritiers par acte extrajudiciaire, soit plus simplement faite tacitement par expiration du délai que le contrat accorde pour la faire.

2) Date à laquelle doit être faite l'estimation.

L'estimation doit-elle être de la valeur du fonds au jour du décès ?

Si le contrat est muet sur ce point, ce qui est fréquent, l'estimation doit-elle être faite d'après la valeur du fonds au jour du décès, ou à toute autre date ?

Il semble naturel de conclure de prime abord que l'estimation doit être de la valeur au jour du décès puisque c'est à partir de cette date que semblent devoir remonter les effets de l'option. Cependant par la nature de la clause, l'option voit ses effets remonter au jour où le fond est entré en communauté, et par la fiction de son effet déclaratif, c'est de ce jour que l'époux optant est censé être propriétaire. On peut dire qu'il y a un partage partiel de la communauté, dont la jouissance

(1) Paris, 9 juillet 1855, D. P., 86-2-261.

divise est fixée au jour du décès. Ordinairement et d'après les règles habituellement suivies en matière de partage, il y aura lieu de fixer la valeur du fonds à ce même jour.

Mais nous ne voyons pas quel texte pourrait empêcher une des parties, en invoquant un motif sérieux et un intérêt évident, par exemple une hausse considérable des marchandises ou du matériel, la disparition imprévue d'un concurrent gênant ou encore un bail avantageux consenti fortuitement, de demander que l'expertise ait lieu de la valeur du fonds non plus au jour du décès, mais à une autre date à laquelle les éléments du fonds avaient acquis leur plus-value.

Si cette plus-value est survenue, en dehors du fait personnel du conjoint bénéficiaire, entre le décès et l'expertise il semble juste qu'il en soit tenu compte dans l'estimation, alors qu'il ne saurait en être fait état si on se reportait au jour du décès pour faire l'évaluation.

Il n'y aurait là que l'application d'une pratique courante qui consiste dans les opérations de liquidation à fixer au décès la jouissance divise pour éviter des calculs de fruits compliqués, tout en évaluant les biens à partager au jour le plus rapproché de la date de l'acte pour éviter l'inégalité qui résulterait d'une attribution de biens dont la

valeur a pu considérablement changer depuis le décès.

L'arrêt de la Cour de Paris du onze décembre mil neuf cent vingt quatre, cité plus haut, a eu à statuer sur un cas analogue, mais il a mis en évidence le fait que les améliorations apportées au fonds étaient survenues après l'option et étaient en outre le fait de l'activité personnelle de l'époux bénéficiaire de l'option. On peut en déduire a contrario que si l'augmentation de valeur du fonds avait eu lieu sans que l'époux survivant y fut pour quelque chose et avant son option, l'estimation aurait dû être faite en en tenant compte, c'est-à-dire en se plaçant à une toute autre date que celle du décès.

3) Droits des créanciers sur le fonds.

L'article 1519 du Code Civil reconnaît aux créanciers de la communauté le droit de faire vendre les effets compris au préciput. La clause de reprise ayant la même nature d'avantage matrimonial que le préciput (1), il en résulte que la clause ne peut s'appliquer que si les créanciers communs ont été désintéressés (2). Ils auront donc le droit de saisir le fonds entre les mains de la

(1) Capitant, *Rev. crit. de légis. et de jurispr.*, 1927, p. 30 - Planiol et Ripert, tome IX, n° 961.

(2) Planiol et Ripert, tome IX, n° 885.

femme et de se payer sur le prix de la vente, comme ils l'ont sur tout autre bien de la communauté.

Une décision de la Cour Suprême du 16 décembre 1925 (1) a cassé un arrêt de la Cour de Paris du 15 novembre 1923 qui avait condamné la femme bénéficiaire de l'option à payer au vendeur du fonds la totalité du solde du prix de vente qui lui restait dû, ce dernier n'ayant pas inscrit son privilège de vendeur, attendu, dit-elle notamment : « que la femme survivante qui, en vertu de cette clause, use de la faculté de conserver le fonds de commerce commun, acheté et exploité par le mari prédécédé, ne devient débitrice personnelle du vendeur encore non payé, avec lequel elle n'a pas contracté, que dans la mesure où elle succède au défunt ».

Il en résulte que si, conformément à l'article 1519, les créanciers peuvent poursuivre le recouvrement de leur créance sur le fonds commun, objet de l'option, ils ne sauraient demander à la femme d'acquitter les dettes communes, contractées par le mari au-delà de la part proportionnelle à son émolument, et la femme ne sera pas plus tenue de payer le passif commercial dont la répartition devra être faite proportionnellement à ses droits et à ceux des héritiers.

(1) D. P., 1925-1-5.

Il en serait autrement si c'était la femme qui avait contracté avec l'autorisation de son mari ou si elle s'était engagée conjointement et solidairement avec lui (1).

Toujours du caractère déclaratif de l'option, il résulte que le conjoint survivant n'a pas à remplir les formalités de publicité exigées par la loi du 17 mars 1909, et les créanciers ne sont pas admis à porter sur l'estimation du fonds la surenchère du sixième (2).

Cette dernière conséquence n'est d'ailleurs pas appliquée dans la pratique notariale, et le procès-verbal d'option est toujours publié. Nous ne pouvons indiquer de motifs précis de cet usage. Il a au moins l'avantage de permettre aux créanciers communs de se faire connaître et d'éviter au notaire d'être l'auteur involontaire d'un partage fait en fraude de leurs droits.

4) Cumul du bénéfice de l'option et de la quotité disponible au profit du conjoint survivant.

Lorsque le prémourant a laissé des héritiers réservataires, leur réserve se calcule sur l'actif héréditaire et pour la déterminer on ne pourra faire entrer en compte le bénéfice procuré au survivant

(1) Voir note Capitant, D. P., 1925-1-5.

(2) Paris, 11 décembre 1924, D. P., 1925-11-39.

par l'effet de la clause. Le fonds prélevé par lui ne sera jamais en effet entré dans la masse héréditaire puisque le défunt par l'effet de l'option sera réputé n'en avoir jamais été propriétaire.

L'héritier réservataire tire son droit de sa vocation héréditaire qui ne peut être plus étendue que les droits du défunt. Le conjoint survivant pourra donc cumuler son usufruit légal avec le bénéfice qu'il retirera de l'option, et si le prémourant lui a légué la quotité disponible, il pourra pour la même raison la revendiquer intégralement.

Dans la plupart des cas, l'option étant accordée à charge par le survivant de tenir compte de la valeur du fonds, les réservataires ne seront pas lésés puisqu'en son lieu et place ils trouveront dans la communauté la créance correspondante contre le bénéficiaire.

Le contrat de mariage indique les modalités de paiement du prix et le taux de l'intérêt que doit servir le conjoint bénéficiaire. Il pourrait y être stipulé une garantie au profit des héritiers pour le paiement du prix, par exemple un nantissement sur le fonds ou une hypothèque sur les immeubles qui appartiendront au survivant lors de l'option. Mais en pratique il n'en est jamais donné. Aussi les héritiers n'auront aucune sûreté telle que privilège de vendeur, l'option n'ayant pas le caractère d'une vente, ou privilège de co-partageant puisque les

effets de l'option remontent au moment où le fonds est entré en communauté. On pourrait soutenir dans une certaine mesure qu'il y a eu partage mais aux termes de l'article 2109 du Code Civil pour pouvoir inscrire valablement le privilège de co-partageant il faudra qu'il y ait moins de soixante jours depuis que le fonds a été acquis par la communauté jusqu'à la date de l'option, chose qui sera extrêmement rare, et en outre aux termes du paragraphe 3 de l'article 2103 il faudrait qu'il ait été attribué par un partage de la succession au conjoint optant des immeubles sur lesquels pourrait être inscrit ce privilège.

Les héritiers ne pourront pas non plus exercer l'action résolutoire, car elle n'existe qu'autant que le privilège de vendeur existe lui-même (1).

En résumé, les héritiers n'auront, en cas de non paiement de l'indemnité due par l'époux survivant à raison de son option, que les ressources que leur offre le droit commun, ressources peu efficaces si leur débiteur est insolvable, et jusqu'à l'échéance du terme fixé par le contrat (trois ou cinq ans), ils ne pourront utilement agir contre lui, même si sous leurs yeux, il se rend délibérément insolvable.

(1) Cass., 2 février 1898, D. P., 99-1-307.

§ 2

**De l'application de la clause à certains fonds
pour l'exploitation desquels un diplôme d'Etat
est exigé et aux offices.**

Certains fonds présentent par leur nature même un caractère personnel, en ce que leur exploitation n'est possible que par des personnes ayant des connaissances spéciales, acquises au cours d'études sanctionnées par un diplôme d'Etat. Dans l'intérêt général, le législateur a été amené à n'en permettre l'exploitation que par ceux-là mêmes qui ont acquis ce diplôme, garantie de leur capacité professionnelle. De cette nature sont les officines de pharmacie et d'herboristerie.

Il se pose donc, au décès de l'époux titulaire du diplôme, la question de savoir si la clause de reprise peut jouer ou si, au contraire, attendu l'obligation imposée par la loi elle devra être considérée comme inapplicable en l'espèce.

Un texte, la loi du 21 germinal an IX (arrêté du 25 thermidor, même année, modifié par la loi du 9 février 1916) a concilié les intérêts des héritiers du titulaire décédé et la réglementation légale. Il permet à l'époux et aux héritiers du titulaire décédé quoique non diplômés eux-mêmes, de conserver le fonds pendant une année à partir du

décès, et de le faire gérer dans des conditions qu'il détermine.

Si donc, le titulaire vient à décéder, grâce à ce texte, on ne pourra opposer à son conjoint la réglementation légale, et il pourra, comme à l'égard de tout autre fonds, opter pour sa conservation.

Au surplus, on ne pourra non plus alléguer la prohibition légale de vendre un tel fonds à un autre qu'un pharmacien, puisque l'opération ne s'analyse pas en une vente.

Il en a été ainsi décidé par un arrêt de la Cour de Paris du 11 décembre 1924 (1) qui, s'appuyant sur le texte de la loi du 21 germinal, An IX, et sur le droit spécial donné à la femme par son option, a cassé un arrêt du Tribunal Civil de la Seine du 20 Mars 1922 (2), qui avait refusé de valider l'option de celle-ci pour le motif qu'elle ne possédait pas le diplôme de pharmacien.

Faudrait-il conclure dans le même sens, s'il s'agissait non plus d'une officine, mais d'un office ministériel ?

Ces deux fonds de productivité, si l'on peut les dénommer ainsi, sont de nature très différente. L'officine en effet est un bien dans le commerce dont la création, la vente et l'achat sont absolu-

(1) D. H. 25-31.

(2) D. P. 22-5-11.

ment libres. La réglementation légale ne s'applique qu'à la personne du titulaire et non au fonds lui-même. L'office, au contraire, n'est pas dans le commerce, celui qui en est titulaire est un fonctionnaire (1); et s'il doit satisfaire à des conditions analogues à celles exigées des pharmaciens, l'office lui-même, comme toute fonction publique, est hors du commerce. C'est une erreur de droit, tout au moins, de dire que la charge d'officier ministériel s'achète ou se vend. Ce n'est pas elle qui fait l'objet de la négociation, mais le droit de présentation créé par la loi du 28 avril 1816.

Le droit de présentation ne fait l'objet d'aucune réglementation spéciale, et sous les réserves légales quant à la capacité du présenté, nous pouvons dire que sa négociation est aussi libre que celle d'une officine.

Comme, d'autre part, il est accordé aux héritiers du titulaire comme à lui-même, et par conséquent à sa veuve si elle est héritière, il n'y a aucun motif pour que la clause ne puisse être utilement invoquée par elle, mais à la condition que le cas y soit expressément prévu, car le droit de présentation n'est en aucune façon assimilable à un fonds de commerce. Pratiquement donc, la question ne se posera pas, car si au moment de la rédaction

(1) L. de Ventôse An XI, art. 1^{er}.

du contrat, on ne prévoit pas que l'un des futurs époux soit un jour officier ministériel, la clause habituelle sera seule insérée et si au contraire l'un d'eux, le futur généralement (1), se destine à cette carrière, la clause prévoit uniquement la conservation à son profit s'il survit.

Le bénéfice de la clause est-il transmissible ?

Nous écarterons immédiatement l'hypothèse de vente par le survivant, de son droit d'option qui ne peut avoir aucune application pratique. Nous voulons seulement envisager le cas où le bénéficiaire de l'option, n'ayant pas encore pris parti, vient à décéder avant l'expiration du délai que le contrat lui accorde pour exprimer sa volonté. Dans la clause commerciale usuelle, il n'est absolument rien dit à ce sujet. Par conséquent, n'étant plus lié par un texte, nous estimons que le droit commun doit reprendre son empire, et que les héritiers trouvent le droit d'option dans le patrimoine de leur auteur, au même titre qu'une promesse qui lui aurait faite par un tiers sur un bien quelconque.

La caution prévue par l'art. 1518, 2^e alinéa, peut-elle être demandée pour assurer à la femme le bénéfice de la clause ?

Nous avons indiqué plus haut que dans les con-

(1) Nous disons « généralement » car entre tous les offices ministériels, la femme ne peut encore légalement postuler qu'à celui de commissaire-priseur.

trats de mariage, la clause usuelle ne visait pas le cas de dissolution de la communauté par une autre cause que le prédécès de l'un des époux, par suite il n'est rien prévu quant aux garanties que l'épouse pourra exiger pour qu'au cas de prédécès de son ex-conjoint, elle puisse en bénéficier.

Si donc, le fonds est mis par le partage au lot du mari, celui-ci pourra en disposer comme de chose lui appartenant, et si à son décès, il n'existe plus dans son patrimoine, son ex-épouse se trouvera frustrée de l'avantage qu'elle tenait de son contrat.

Elle n'est cependant pas désarmée, car l'article 1518 du C. C. qui impose au mari l'obligation de fournir caution en garantie du préciput resté entre ses mains, pourra, nous semble-t-il, s'appliquer en l'espèce. La clause de reprise étant de nature précipitaire, lors du partage mettant au lot du mari le fonds commun, la femme exigera une caution suffisante pour être assurée d'un dédommagement au cas où elle serait dans l'impossibilité d'exercer son droit au décès de son ex-époux. Mais comme la caution de l'art. 1518 ne peut être demandée que lorsque la femme renonce à la communauté (1), lorsqu'elle l'acceptera, elle n'aura aucune garantie.

(1) Planiol et Ripert, T. IX, n° 869.

§ 3

**Dissolution de la communauté
autrement que par décès.**

La clause de reprise, telle qu'on la rencontre et même qu'on la rédige encore actuellement, ne prévoit pas expressément le cas de dissolution par divorce, elle n'envisage que le cas de survie, et cela pour diverses causes :

Il y a d'abord une raison d'ordre purement pratique, c'est la difficulté, pour l'officier public, d'effleurer à la veille d'une union, l'éventualité d'un divorce. Un contrat de mariage est lu et signé en présence de parents et d'amis, il y a une question de tact qui se pose à ce sujet, à laquelle il est bien difficile de donner une solution satisfaisante et qu'il vaut mieux ne pas soulever.

D'autre part, quoique le divorce soit aujourd'hui profondément entré dans nos mœurs, la pratique notariale, peu changeante de nature, ne lui a pas encore réservé une place dans le cadre quasi immuable du contrat de mariage.

De sorte que, même au cas où la rédaction de la clause permet de l'appliquer à la dissolution de l'union par divorce ou séparation de corps, il n'y a jamais de dispositions réglant nettement pour cette éventualité le sort du fonds de commerce.

Dans le cas où le contrat prévoit expressément que la clause de reprise n'aura effet qu'en cas de dissolution de la communauté par le décès de l'un des époux, cette condition n'étant pas réalisée, elle sera anéantie, comme le serait toute clause soumise à une condition suspensive non arrivée (1).

Mais si le contrat ne considère la reprise que comme un avantage de survie ordinaire, sans spécifier que sa réalisation est subordonnée à la liquidation de la communauté par décès, il y aura lieu d'appliquer l'article 299 du Code Civil et d'en réserver le bénéfice à l'époux, au profit duquel le divorce a été prononcé.

Lors de la liquidation de la communauté après le divorce, il ne sera pas tenu compte de la clause et le fonds sera ou licité ou attribué à l'un des conjoints.

Il n'y a pas unanimité pour accorder seulement au conjoint survivant, au profit duquel le divorce a été prononcé le bénéfice de la clause, et la question se pose de savoir si l'époux coupable ne pourra pas également en bénéficier, ou s'il en sera déchu par application de l'article 299 du Code Civil ?

Suivant que l'on considérera la clause comme

(1) Par exemple une disposition conçue dans ces termes :
« Il est expressément convenu que les stipulations contenues sous le présent article n'auront d'effet qu'au cas de dissolution de la communauté par le décès de l'un des époux ».

procurant un avantage ou comme n'en procurant pas, la solution sera différente.

Lorsque le prélèvement est à titre gratuit, totalement ou partiellement, nul doute que la clause ne présente un avantage évident et qu'il ne faille lui appliquer les règles de l'article 299. Mais s'il est stipulé que le conjoint survivant devra indemniser la communauté de la totalité de la valeur du fonds, la clause présente-t-elle toujours le caractère d'avantage matrimonial ou n'est-elle plus qu'une simple convention de mariage à laquelle l'article 299 ne peut s'appliquer ?

Nombre d'auteurs et de décisions de jurisprudence estiment qu'il y a lieu de rechercher si la clause a été conçue dans une intention libérale et dans ce cas de lui étendre les dispositions de l'article 299 (1).

Nous sommes personnellement d'avis que, d'une part, la clause présentant pour le bénéficiaire un intérêt de tout premier ordre, et d'autre part, les négociations d'un contrat de mariage ne pouvant être comparées à celles d'un contrat de société ou d'un acte à titre onéreux entre étrangers, elle doit, dans ce cas comme dans tous autres, être réputée avoir été insérée au contrat dans un esprit de libéralité absolue.

(1) Planiol et Ripert, Tome II, n° 641, 649, 686. — A. Colin et Capitant, Tome I, p. 239. — Capitant, Rev. crit. de légis. et de jurisprud., 1927, p. 38. — Rouen, 20 février 1897, S-99-2-241.

Monsieur Capitant exclut de la clause toute intention libérale lorsque l'indemnité est de la totalité de la valeur du fonds (1). Dans ce cas, il n'y aurait aucun avantage pécuniaire, puisque la valeur du fonds dont s'enrichit le patrimoine de l'optant, est exactement balancée par l'indemnité qu'il doit verser. Or, c'est précisément à ce point de vue qu'il faut juridiquement se placer pour distinguer si une opération procure ou non un avantage.

Dans ce sens, nous relevons dans les motifs d'un jugement du Tribunal Civil de Lille, du 5 mai 1928 (à l'occasion d'une affaire tout à fait différente) : « Attendu que pour savoir si l'acte du... a constitué une libéralité, et dans quelle mesure, il faut estimer la valeur des charges imposées à la donataire et la comparer à la valeur du bien donné, car il ne peut avoir libéralité que pour l'excédent de la seconde sur la première » (2).

Comme nous le verrons plus loin, M. Capitant fait reposer sur cette idée d'équivalence pécuniaire tout un système qui condamne la validité de la clause lorsqu'elle s'applique à un fonds propre au prédécédé.

Nous nous réserverons d'étudier la question sous

(1) Op. cit., p. 39.

(2) Dans le même sens : Trib. Civil de Rouen, 19 juin 1929, Répertoire du Notariat, 15 sept. 1929, n° 22.130.

le chapitre III ci-dessous, et pour le moment, nous nous bornerons à observer qu'en poussant le raisonnement jusqu'au bout, on ne pourrait considérer comme libéralité, mais qu'on devait considérer comme convention à titre onéreux, la clause accordant gratuitement la faculté de reprise du fonds au conjoint survivant, en alléguant que chacun des époux n'a accordé cette faculté à l'autre, qu'en échange et come prix de celle semblable qu'il lui donnait.

Un arrêt de la Cour de Cassation du 24 janvier 1928 (1), ayant à statuer sur la validité d'une clause d'accroissement à titre gratuit entre propriétaires indivis, clause devant jouer au décès des prémourants en faveur des survivants, a décidé qu'il y avait là contrat à titre onéreux et non donation, et a, en conséquence, annulé cette clause comme pacte sur succession future.

« Attendu », dit-il, « que toute donation implique nécessairement que le disposant se dépouille de la chose donnée sans rien en recevoir en échange, ou du moins, sans recevoir un équivalent qui fasse disparaître la gratuité essentielle du contrat ; que, par la clause litigieuse, chacun des contractants n'a consenti à abandonner à ses co-acquéreurs, un

(1) Dal. heb., 1928-114.

avantage conditionnel, déterminé qu'en échange de l'avantage identique que ceux-ci lui accordaient, aléatoire sans doute, mais qui exclut toute idée de donation ».

En appliquant ce principe à la lettre, à la clause du fonds de commerce, lorsqu'elle est réciproque et que le fonds est propre à l'un des époux, en lui déniait tout caractère libéral en dehors de l'avantage pécuniaire, comme le fait M. Capitant, nous devrions conclure qu'elle est nulle dans tous les cas, comme pacte sur succession future. Or, nous aurons l'occasion de reprendre la question plus loin, et de voir que même pour M. Capitant, la clause portant sur un fonds propre est valable comme libéralité lorsqu'elle est à titre entièrement gratuit ou partiellement gratuit.

III

DE L'APPLICATION DE LA CLAUSE AU CAS OU LA FEMME APRÈS LE DÉCÈS DE SON MARI RENONCE A LA COMMUNAUTÉ.

Nous avons indiqué plus haut un arrêt de la Chambre Civile du 16 décembre 1925, duquel il résulte que la femme optant pour le prélèvement

du fonds n'était tenue au paiement du prix restant dû sur le fonds que proportionnellement à son émolument, a fortiori en sera-t-il de même à l'égard de créanciers communs vis-à-vis desquels elle ne se sera pas personnellement engagée.

Elle aura, en conséquence, le plus grand intérêt à profiter de la clause si son contrat lui en donne la faculté, même en renonçant à la communauté.

Mais de quelle nature sera alors son droit ?

L'Administration de l'Enregistrement a été, si l'on examine la jurisprudence, la première à s'inquiéter de la chose ; sa théorie est très simple : tant que la femme accepte la communauté, elle prélève le fonds à titre de convention matrimoniale et il ne peut être perçu aucun droit, mais du moment qu'elle renonce, le mari, par l'effet de sa renonciation, est censé avoir été toujours seul propriétaire de tout l'actif commun, dont fait partie le fonds prélevé. Il ne peut donc plus y avoir convention matrimoniale puisqu'il n'y a jamais eu de communauté et que seul les biens communs peuvent faire l'objet d'une telle convention. En conséquence, il y a libéralité sur laquelle est dû le droit de mutation par décès.

Cette solution a été consacrée par un arrêt de la Chambre Civile du 12 juin 1872 (1).

(1) Enregistrement contre de la Fontanelle, D. P., 72-1-327.

Cependant, la majorité de la doctrine (1) et une jurisprudence relativement récente (2), tiennent cette théorie pour inexacte.

D'abord par ce que l'article 1516 ne fait aucune distinction entre le préciput prélevé par la femme acceptante et le préciput prélevé par la femme renonçante (3). Cet argument, à lui seul, nous paraît décisif, la loi accorde au préciput un certain nombre d'effets déterminés, l'article 1515 spécifie que le préciput est autcrisé, même en cas de renonciation, à la communauté, par conséquent, c'est aller contre les dispositions légales que de vouloir donner au préciput prélevé après renonciation, un caractère et des effets différents de ceux du préciput prélevé après acceptation.

On a dit également que la renonciation à la communauté faite par la femme ou son acceptation ne peuvent avoir d'influence sur le caractère juridique de la clause (4). Cet argument nous semble avoir également sa valeur, il a été pourtant critiqué et trouvé peu probant (5), en mettant en regard le changement de caractère qu'apporte aux avan-

(1) Aubry et Rau, 5^e édition, tome 8, § 529. — A. Colin et Capitant, Cours élémentaire de dr. civ. français, t. III, p. 221. — Planiol et Ripert, t. IX, p. 967. — Capitant, Rev. crit. de légis. et jurispr., 1927, p. 53. — Croizat, *ibid.*, 1928, p. 198.

(2) Paris, 11 déc. 1924, D. H., 1925-31.

(3) Planiol et Ripert, *op. cit.*

(4) Aubry et Rau, *op. cit.*

(5) H. Capitant, *op. cit.*

tages matrimoniaux, la présence d'enfants d'un premier lit. Nous ne voyons pas l'assimilation que l'on peut faire là. S'il est vrai qu'en présence d'enfants d'un premier lit, le caractère des conventions matrimoniales change, c'est que pour ce cas particulier, le troisième alinéa de l'art. 1527 l'indique expressément.

Quelle explication théorique peut-on donner de la source du droit au préciput à titre de convention de mariage de la femme renonçante ?

L'arrêt de la Cour de Paris, du 11 décembre 1924 sus énoncé, s'exprime ainsi : « Considérant qu'il ne paraît pas exact de dire que l'attribution qui a été faite à la Veuve Dumas du fonds de pharmacie litigieux en vertu de son contrat de mariage, constitue une vente ; qu'en effet, aux termes de l'article 4 dudit contrat, ce fonds est devenu un bien de communauté ; que sans enfreindre les dispositions de l'art. 1387 du Code Civil, les associés conjugués ont pu valablement convenir que l'époux survivant conserverait le bien qu'en fait il possédait déjà, dès la célébration du mariage ; qu'il est vrai de dire que la femme survivante, ayant profité de l'option qui lui était offerte, a fixé sur sa tête un droit né avant le décès de son conjoint. Considérant que les clauses du contrat de mariage des époux Dumas, ont eu pour but de garantir à la femme survivante, un droit sur le fonds de phar-

macie réputé chose commune, qu'il ne saurait en aucune façon dans l'espèce, être question d'une acquisition par voie de vente ; qu'il apparaît évident que les droits dûs en cette dernière matière ne pouvaient être réclamés ».

La Cour fait sienne dans cette hypothèse, la théorie déjà admise pour le cas où la femme a accepté la communauté, que l'option ne fait que fixer irrévocablement le droit de propriété de l'époux survivant sur le fonds, droit qui lui est donné par son contrat, c'est-à-dire antérieurement et à la renonciation et au décès, dates auxquelles elle remonte. On peut remarquer d'ailleurs que la femme pourrait faire son option avant de renoncer, il n'est pas possible de soutenir que sa renonciation postérieure détruirait la nature de son option, nature qui est irrévocablement déterminée puisqu'elle prend naissance dans le contrat même sur lequel la renonciation ne peut avoir évidemment aucune influence. La clause constitue un allotissement partiel et préfixé de la communauté à compter du jour où le fonds y est entré ; c'est à la communauté telle qu'elle existait au jour du décès de son mari que la femme renonce, et c'est la consistance de la communauté au décès qui se confond avec les propres du mari, mais à ce jour, par l'effet de l'option, le fonds n'était déjà plus en communauté, il n'a donc jamais fait partie de la succession du mari.

L'Administration de l'Enregistrement maintient cependant la théorie opposée et perçoit les droits de mutation sur la valeur du fonds. Il est probable que devant la jurisprudence en sens contraire qui tend à s'affirmer, elle modifiera ses instructions sur ce point.

Les pratiques administratives sont d'ailleurs souvent en désaccord complet et avec la doctrine et avec la jurisprudence. Les particuliers hésitent souvent à entrer en procès avec l'Enregistrement, à cause des doubles droits qu'entraîne la perte d'un procès contre lui. Il y a souvent des abus de la part des agents de l'Administration, et nous avons vu le fisc exiger le paiement des droits de mutation non pas sur l'estimation du fonds telle que l'avait faite les experts, mais sur la valeur réelle. Or, on sait qu'une expertise faite dans un inventaire correspond à la valeur vénale la plus basse que peut présenter l'établissement commercial dans les circonstances les plus défavorables. Le montant de l'expertise est toujours bien inférieur aux prix de la vente de fonds voisins faite dans des conditions normales. Le fisc entend percevoir le droit de mutation non pas sur la créance de la communauté contre le conjoint optant, mais sur la valeur du fonds telle qu'elle ressortirait d'une vente faite dans des conditions satisfaisantes. Les redevables préfèrent s'incliner et payer, plutôt que d'encourir les ennuis

et le résultat incertain d'un procès toujours onéreux.

IV

Cas où il existe des enfants issus d'unions antérieures.

L'hypothèse que nous allons envisager à présent, se présente ainsi : l'époux prédécédé ayant contracté une union antérieure a des enfants issus de cette union, puis, celle-ci dissoute, il s'est remarié et à son décès a laissé ces mêmes enfants et sa deuxième épouse bénéficiaire de la clause.

Dans le but de protéger les enfants du premier lit, l'art. 1098 a prévu une quotité disponible spéciale dont l'époux remarié pourra disposer au profit de son conjoint. Cette quotité est d'une part d'enfant légitime le moins prenant, sans qu'elle puisse excéder un quart. Pour tout ce dont le deuxième conjoint aurait pu bénéficier au delà de cette quotité, les enfants du premier lit auront l'action en retranchement qui leur permettra de ramener le montant des libéralités à ce disponible (art. 1496).

Il aurait été facile de tourner les dispositions de l'article 1098 par des conventions de mariage au profit de l'époux survivant.

Pour rendre de telles manœuvres inopérantes,

l'art. 1527 prévoit expressément que « toute convention qui tendrait dans ses effets à donner à l'un des époux au delà de la portion réglée par l'article 1098 au titre des donations entre vifs et des testaments, sera sans effet pour tout l'excédent de cette portion ».

Cette disposition, qui s'inspire directement de l'Edit des secondes noccs, fait retomber dans le droit commun la clause de reprise en supprimant la faveur dont les art. 1515 à 1525 faisaient montre à l'égard des conventions matrimoniales. L'article 1527 est à la communauté conventionnelle ce qu'est l'article 1496 à la communauté légale.

Il faut cependant remarquer que l'art. 1527 n'entend viser que les conventions dont les « effets » tourneraient la règle de l'art. 1098. Par là, il faut entendre que c'est seulement le règlement de compte final qui devra être pris en considération pour conclure qu'il y a lieu ou non à l'exercice de l'action de retranchement. En d'autres termes, ce n'est pas la considération des biens particuliers mis au lot de la femme, mais la valeur totale de ces biens comparée à celle des allotissements des enfants du premier lit qui sera la cause déterminante de l'ouverture de l'action.

Il faut rechercher si la clause procure ou non un avantage pécuniaire certain au bénéficiaire pour que l'action en retranchement puisse être invoquée

Nous avons vu plus haut que la jurisprudence ne considère comme avantage pécuniaire, que l'excédent de la valeur de la chose objet de la convention sur la valeur estimative des charges, les déboursés pourrait-on dire, que cette convention impose au bénéficiaire (1).

L'art. 1527 aura donc son application dans la mesure des charges que la clause de reprise imposera à l'optant.

La clause est à titre gratuit.

Si la clause est à titre entièrement gratuit, le bénéfice procuré est de la totalité de la valeur du fonds, le caractère de convention matrimoniale de la clause disparaît, et elle n'est plus qu'une libéralité qui sera réductible à la quotité prévue par l'art. 1098 si elle l'excède, ou qui s'imputera sur cette quotité si elle lui est égale ou inférieure (2).

Mais si l'art. 1527 détruit la fiction de l'avantage matrimonial, contrat à titre onéreux, c'est seulement à l'égard des enfants du premier lit, puisque c'est eux seuls que la loi a entendu protéger. Par conséquence il est vrai, les enfant issus de la seconde union pourront l'invoquer, car il ne peut y avoir co-existence de deux quotités dispo-

(1) Rouen, 19 juin 1929 précité. — Req. 25 juin 1912, D. P., 1913-1-173. — Req. 24 janvier 1928 précité, D. h., 1928-114.

(2) Planiol et Ripert, op. cit., t. IX, n° 974. — A. Colin et Capitant, op. cit., t. III, p. 756. — Aubry et Rau, T. XI, 690, p. 152.

nibles sur une même succession entre frères (art. 745), et leur part ne peut être calculée d'après l'art. 1094, alors qu'à l'égard des enfants du premier lit, elle est calculée d'après l'art. 1098.

Mais cette conséquence ne peut avoir d'autre application, et à l'égard de tiers, la clause reprendra le caractère de convention de mariage (1). L'époux survivant n'aura pas à payer de droits sur la valeur du fonds, en tant qu'elle s'impute sur la quotité disponible et en général dans la limite de cette quotité la reprise du fonds par le conjoint aura vis-à-vis de tous autres que les réservataires, les effets que nous avons vu dans le cas de reprise lorsqu'il n'y a pas d'enfants issus d'une précédente union.

La clause présente dans cette hypothèse, un caractère mixte, libéralité à l'égard des réservataires, convention de mariage à titre onéreux à l'égard de tous autres.

Il nous faut cependant signaler un arrêt de la Cour de Cassation (2), arrêt d'ailleurs fort critiqué par la doctrine (3), qui semblerait indiquer que la Cour Suprême n'admet pas ce caractère mixte de la clause, et tendrait à considérer les biens qui ont fait l'objet de la réduction comme se

(1) Planiol et Ripert, *op. cit.*, T. IX, n° 975.

(2) Civ. 27 mars 1923, D. 1923-1-161.

(3) Planiol et Ripert, *loc. cit.*

confondant avec les biens de la succession et ayant la même nature qu'eux.

La Cour nous semble, à tort, considérer que l'exception apportée par l'art. 1527 à la théorie des conventions matrimoniales, elle-même exorbitante du droit commun, a pour effet de détruire erga omnes, ce caractère de convention matrimoniale, alors que dans l'esprit de cet article, il n'est écarté que dans l'intérêt des enfants du premier lit et comme sanction des dispositions de l'art. 1098.

Elle a cru qu'une exception à une exception rétablissait le droit commun, alors que, suivant la règle habituelle, elle devait être de droit strict et non applicable au delà de l'objet spécialement prévu.

Mais si sa valeur passe la quotité disponible permise par l'art. 1098, le fonds va se trouver indivis entre le conjoint survivant à concurrence de cette quotité et les héritiers pour le surplus, si ceux-ci l'exigent, il devra être licite et on aboutira à la suppression pure et simple de la clause.

2) La clause est à titre entièrement onéreux.

Si la clause est à titre entièrement onéreux, c'est-à-dire si le survivant doit tenir compte de la valeur totale du fonds, le résultat pécuniaire de l'opération ne peut s'analyser en un bénéfice à son profit,

et comme c'est ce résultat seul qui doit être pris en considération, l'action en retranchement ne pourra être invoquée par les réservataires.

M. Capitant, dans son étude précitée sur la clause de prélèvement (1), indique que si la valeur du fonds dépasse la quotité disponible, les réservataires peuvent demander la nullité de la clause par application de l'art. 826, comme portant atteinte à leur droit d'exiger leur réserve en nature dans le cas où le prédécédé a légué la quotité disponible à son second conjoint.

Cette opinion nous paraît peu fondée. Si, en effet, le conjoint optant indemnise la communauté de la totalité de la valeur du fonds, les réservataires ne peuvent arguer qu'il fasse là un bénéfice pécuniaire, le seul qu'admette la jurisprudence.

Le montant de la masse à partager sera le même que le survivant opte ou non. S'il opte, le montant de l'indemnité due par lui sera porté à la masse active, s'il n'opte pas, la valeur du fonds sera portée à la place, dans les deux cas, ce montant total sera le même.

Dans ces conditions, l'article 1527 est complètement écarté, l'opération doit s'analyser comme dans le cas où il n'existe que des enfants communs,

(1) *Rev. crit. législ. et jurispr.*, 1927, p. 52.

en une convention de mariage, convention sur laquelle les droits des réservataires n'ont aucune prise.

3) La clause est à titre partiellement onéreux.

Si la clause n'impose au survivant que le paiement d'une partie de la valeur du fonds, la libéralité porte seulement sur le surplus, et elle devra, s'il y a lieu, être réduite dans les limites de la quotité disponible.

Si la valeur totale du fonds est inférieure ou au plus égale à la quotité disponible, vis-à-vis des enfants du premier lit, l'époux survivant prélèvera le fonds, d'une part pour le montant de l'indemnité à titre de convention de mariage, et d'autre part pour le montant de la libéralité à titre d'institué contractuel, et si le défunt a fait un legs de sa quotité disponible, il pourra s'exercer pour le surplus.

Mais si la valeur totale du fonds dépasse la quotité disponible, il y aura réduction à concurrence de la quotité, et le surplus reviendra aux réservataires. Dans ce cas, le fonds sera indivis comme dans le cas où la clause est à titre entièrement gratuit. Si les héritiers ne veulent pas accepter une indemnité de la part du conjoint, ils pourront exiger la licitation, ce qui conduira à

l'annulation de la clause. Comment seront alors fixés les droits des parties sur le prix de licitation ? A titre d'institution contractuelle, l'époux survivant a droit à la fraction du prix correspondant à la libéralité. Il y aura une proportion à faire entre le prix de vente du fonds et le montant de l'expertise, proportion qui, appliquée aux éléments du fonds constituant la libéralité et à concurrence de la quotité disponible, fixera les droits du survivant sur le prix de vente. Supposons, par exemple, que le fonds ait été estimé cinquante mille francs pour les éléments dont le conjoint doit indemnité intégrale et vingt mille francs pour le surplus, et que la quotité disponible ne soit que de dix mille francs. La clause ne peut s'appliquer et le fonds est licité soixante dix mille francs, la proposition entre le montant de l'estimation et le prix de vente du fonds est de sept cinquièmes, sur ce prix de vente le survivant aura droit comme institué con-

tractuel à $\frac{20.000 \times 7}{5}$ soit 28.000 francs, réduit à

la quotité disponible calculée eu égard au prix de vente de soixante-dix mille francs, c'est-à-dire, légèrement supérieure à dix mille francs, chiffre provisoire, déterminé en tenant compte de la valeur du fonds seulement pour 50.000 francs.

M. Capitant (1) propose que dans un cas semblable, et devant l'impossibilité de concilier les intérêts en présence, on sacrifie les droits des héritiers à ceux du conjoint, et que la clause reçoive son exécution intégrale moyennant indemnité par le survivant de la valeur du fonds pour tout ce qui excède le disponible.

Pratiquement, nous approuvons entièrement cette solution qui a l'avantage de respecter la volonté du prédécédé et qui évite la licitation du fonds. Mais ce serait là une véritable transaction, et en présence de mineurs, il serait impossible de procéder ainsi. Et en nous plaçant au point de vue purement théorique, le droit des réservataires nous apparaît plus fort que celui du conjoint survivant. Le droit de ce dernier n'a de valeur qu'autant que la clause peut s'appliquer, alors que celui des enfants tire son effet de l'application même des articles 1098 et 826 dont les dispositions sont impératives.

(1) Revue crit de législ. et de jurispr., *op. cit.*

CHAPITRE II

LA CLAUSE DE REPRISE A POUR OBJET UN FONDS PROPRE AU PRÉDÉCÉDÉ

Lorsque le fonds est propre au prédécédé, la clause de reprise ne peut plus s'analyser comme une convention de mariage et entre associés. Nous avons vu plus haut qu'une telle analyse ne pouvait s'appliquer qu'au fonds commun, d'abord parce que les articles 1515 à 1525 du Code Civil ne mentionnent que lui, et ensuite parce que la convention entre associés ne peut porter que sur les biens de l'association, dont par définition même le fonds propre est exclu.

Dès lors, nous devons déterminer la nature et les effets de la clause sous ce nouvel aspect. Mais avant de passer à cette étude, nous croyons utile

d'examiner dans quels cas le fonds reste propre à l'époux apporteur, et dans quels cas, au contraire, il tombe, sauf reprise, dans la communauté.

I

Détermination de la nature du fonds

La détermination de la nature du fonds est aisée dans les régimes de séparation de biens, mais dans les régimes communautaires, elle peut donner lieu à des difficultés qui proviennent soit de l'imprécision des termes du contrat, soit des opérations faites au cours du mariage par les époux.

1) Difficultés provenant du contrat lui-même.

Ecartons d'abord le cas où le contrat s'exprime en termes nets et indique que le fonds déclaré dans les apports demeurera propre à l'époux apporteur, ou au contraire, qu'il est vendu à la communauté pour le montant de son estimation. La clause habituelle dans ces cas est ainsi rédigée :

« Les biens meubles et immeubles qui appartiennent actuellement aux futurs époux, ainsi que tous autres qui pourront leur advenir par la suite par succession, donation, legs ou à tout autre titre

gratuit, demeureront respectivement propres à chacun d'eux et seront comme tels exclus de la communauté. »

et lors que l'estimation du fonds en vaut vente, on ajoute :

« Toutefois, le fonds de commerce compris sous le N°... de l'apport du futur époux (ou de la future épouse) appartiendra à la communauté pour le montant de son estimation ci-dessus, et la reprise à exercer de ce chef par le futur époux (ou par la future épouse) ses héritiers et représentants se composera uniquement du montant de cette estimation. »

Mais souvent, il n'en est pas ainsi, et la clause de reprise se borne à indiquer sans autre précision que les futurs époux reprendront, lors de la dissolution de la communauté, les biens leur appartenant en propre.

Dès lors, comment distinguer si les parties ont entendu se réserver la reprise en nature de leur apport ou le vendre à la communauté ?

La vente ou la reprise en nature présentent toutes deux des avantages. Par la vente, le conjoint apporteur se soustrait aux aléas de l'avenir, la chose est la propriété de la communauté qui, si elle profite de sa plus-value, en supporte aussi la perte. Si même, l'objet apporté vient à périr, ce

sera au seul détriment de la communauté qui n'en devra pas moins la valeur.

Les conséquences de la façon dont les apports ont été portés au contrat, se sont surtout fait sentir depuis la guerre, par suite de la dévalorisation du franc et la jurisprudence a eu à trancher des litiges que les parties n'auraient pas soulevés si les intérêts en jeu n'avaient pas été ainsi, d'une façon imprévisible, considérablement accrus.

Ainsi, un matériel agricole ou industriel apporté par l'un des conjoints dans son contrat fait avant la guerre pourra avoir décuplé de valeur lors de la dissolution de la communauté.

L'imprécision des termes du contrat ne peut être trop fortement reprochée aux praticiens, habitués par expérience à considérer la valeur des biens comme pratiquement immuables, et tout en reconnaissant que l'acte rédigé par eux présentait une lacune en droit pur, ils eussent été fort étonnés si on leur avait prédit les répercussions pratiques considérables qu'elle pouvait avoir dans l'avenir.

En outre, il n'y a pas d'acte notarié présentant dans sa forme une diversité aussi grande dans les diverses régions de la France que le contrat de mariage et sur lequel les habitudes locales ont une aussi grande influence.

Lorsque les clauses ne sont pas rédigées dans les

termes explicites que nous avons rapportés, comment devra-t-on interpréter leur intention ?

Si le fonds a été simplement estimé, la doctrine considère que cette estimation vaut vente à la communauté, mais qu'il n'y a là qu'une simple présomption que peuvent détruire les indications de l'acte, par exemple, s'il y est dit que l'estimation n'est faite que pour la perception des droits d'enregistrement et sans tirer à autre conséquence (1). Pour justifier cette présomption, la doctrine s'appuie sur l'art. 1551 du C. C. aux termes duquel le mobilier dotal livré sur mise à prix est réputé vendu au mari à moins de déclaration contraire. Il est vrai que l'art. 1551 ne vise que le régime dotal, régime d'exception et dont les règles ne sauraient, par conséquent, être étendues au droit commun. Mais les auteurs considèrent que si la règle formulée par l'art. 1551 a été insérée à l'occasion du régime dotal, elle n'a pas la nature d'une exception spéciale à ce régime, car elle ne constitue que l'interprétation de la volonté mal exprimée des parties, interprétation qui devra être la même pour tous les régimes où les parties se seront, dans leur contrat, mal exprimées sur le même point. Il n'y a, en effet, pas de raison pour que le même fait

(1) Planiol et Ripert, Tome 8, n° 278. — Aubry et Rau, 5^e édit., t. 8, 522. — A. Colin et Capitant, T. 3, p. 121. — Laurent, XXIII, 149.

soit différemment interprété pour la seule raison que le régime diffère. C'est une présomption qui n'est pas basée sur la nature de l'acte, mais sur l'esprit humain lui-même.

Une jurisprudence récente semble cependant ne pas vouloir étendre la présomption de l'art. 1551 d'une façon aussi extensive que l'admet la doctrine. Elle cherche également à déterminer une présomption de volonté chez les contractants, mais d'une façon toute différente et qui ne dégage pas une théorie générale.

Un arrêt de la Cour de Caen (1), du 20 mars 1925, a décidé que l'apport en mariage de biens meubles (il s'agissait en cette espèce d'un matériel de ferme et d'animaux de culture) estimés globalement et sans évaluation détaillée devait être considéré comme valant vente à la communauté et a, en conséquence, ordonné que la reprise en serait faite non en nature, mais en deniers par la succession du conjoint apporteur. « Attendu », dit notamment cet arrêt, « qu'il est de principe que l'époux qui dans son contrat ne fait pas d'inventaire descriptif de son mobilier et lui attribue simplement une valeur globale, en fait vente à la communauté, et n'a plus, au moment de la dissolution, à prétendre qu'à la reprise d'une somme égale,

(1) Cour de Caen, 20 mars 1925 ; Trib. civil de Rouen, 22 nov. 1926.

tandis que celui qui fait un inventaire détaillé conserve son droit de propriété et de reprise individuelle sur chaque objet inventorié ou sur sa valeur ».

Cet arrêt n'est pas convaincant, un domaine rural représente un tout et dans l'esprit des parties, au moment du contrat, l'apport n'en a peut-être pas été fait sans estimation détaillée, précisément parce qu'ils estimaient que cet ensemble de biens se distinguait nettement des autres biens de communauté. Le matériel de culture et le cheptel ont d'ailleurs le caractère d'immeubles par destination et, à ce titre, la reprise en aurait dû être faite en nature.

Si, au lieu d'une propriété foncière, on raisonnait de même sur un fonds de commerce, il faudrait conclure du défaut d'évaluation, article par article, de ses éléments qu'il a été vendu à la communauté. Ce qui revient pratiquement à faire tomber en communauté, tous les fonds de commerce apportés par un des époux et estimés sans réserve expresse quant à la reprise en nature, car si dans la rédaction du contrat on omet cette réserve, à plus forte raison sera omise une estimation détaillée des divers éléments.

Pour éviter un tel résultat, la jurisprudence a été amenée à considérer le fonds de commerce comme formant un tout et constituant une entité juri-

dique dont les éléments ne doivent pas être séparés les uns des autres. Un arrêt de la Cour de Caen, du 28 mars 1930 (1), a déclaré : « qu'un fonds de commerce constitue une universalité juridique, que lorsqu'il est propre à l'un des époux, il reste, pendant la durée de la communauté d'acquet la chose de cet époux, en sorte que les droits de celui-ci demeurent les mêmes sur les divers éléments qui le composent et que la communauté ne peut prétendre qu'aux fruits produits par ce fonds de commerce....

Attendu, en ce qui concerne les marchandises, qu'il convient de faire application des mêmes règles et de ne pas adopter la manière de voir du notaire liquidateur sur ce point, qu'il est inexact, en effet, de soutenir que les marchandises existant au jour de l'acquisition par l'intimé, dès lors qu'elles étaient destinées à être vendues et qu'elles ne peuvent être représentées et reprises en nature à la dissolution de la communauté, doivent donner lieu à une récompense en valeur égale au montant de l'évaluation qui leur avait été attribuée en 1914 ; que la clause sus-rappelée du contrat de mariage va à l'encontre d'une semblable prétention. »

Cette jurisprudence, en ne tenant pas compte des règles du remploi, ne saurait être approuvée,

(1) Rapporté dans le Répertoire pratique du Notariat et de l'Enregistrement, 30 juin 1930, n° 22.410.

en tout état de cause elle ne peut dépasser en son objet l'élément fonds de commerce et n'est pas applicable à l'exploitation agricole.

Un jugement du Tribunal Civil de Rouen, du 22 novembre 1926, ayant eu à statuer sur un fait analogue a donné une solution différente. Il s'agissait également de l'apport d'un matériel de ferme et de mobilier meublant apportés par la future épouse et estimés globalement avec le surplus de son apport mobilier. Le Tribunal a déduit des termes du contrat, que la volonté présumée des futurs époux, n'était pas de vendre cet apport à la communauté et il en a ordonné la reprise en nature. « Attendu », dit-il, « que si l'on doit étendre à la communauté réduite aux acquêts et par analogie, la règle posée par l'art. 1551 du Code Civil à l'occasion du régime dotal et d'après laquelle l'estimation des objets mobiliers constituant les apports des époux, ne vaut vente à la communauté, ce principe n'est pas absolu ; qu'on doit avant tout, pour résoudre cette question, interpréter les clauses du contrat de mariage et tenir compte de l'intention des époux ; qu'en l'espèce, l'estimation n'a été faite qu'en égard aux droits d'enregistrement, ou dans le but de faciliter ultérieurement la liquidation de la société d'acquet ; qu'insérée manifestement dans l'intérêt de la femme en vue de déterminer par avance, d'une façon ferme, le montant

des reprises qu'elle aura à exercer du chef des objets mobiliers par elle apportés et qui lui restent propres aux termes de l'article 1498 du C. C., on ne concevrait pas que cette clause vint à se retourner contre elle ; qu'il ressort des termes exprès du contrat de mariage du 24 août 1921, que la dame C... est restée débitrice du mobilier et de la monture de ferme par elle apportés en second mariage et qui dépendaient de la communauté ayant existé entre elle et son premier mari décédé « Mort pour la France » ; qu'elle s'est déclarée comptable du tout et que par suite lesdits apports étant indivis entre elle et ses enfants mineurs du premier lit, dont les droits non liquidés ont été seulement évalués dans le contrat de mariage du 24 août 1921 ; que, dans ces conditions, révélées dans ledit contrat de mariage, il est incontestable que les époux n'ont pas eu l'intention par le seul fait qu'ils l'ont estimé dans le contrat de mariage, de faire tomber en communauté un mobilier qui n'appartenait pas entièrement à la femme qui l'apportait en dot, et que, par suite, il y a lieu de décider que la dame C... a conservé, en vertu du régime matrimonial adopté par les époux, la propriété des objets mobiliers constituant son apport. »

Les juges de Rouen se sont placés à un point de vue objectif et pas plus que de l'arrêt de la Cour

de Caen, il n'est possible de tirer de leurs motifs une règle d'ordre général. Ils admettent, il est vrai, la présomption de l'art. 1551, mais il semble plutôt la signaler que vouloir en faire une application rigoureuse et l'écartent par des considérations de faits sur des points dont l'appréciation peut être très variable.

En résumé, lorsque le contrat ne s'exprime pas d'une façon catégorique, seules les circonstances de chaque cause devront servir de guide, et comme elles sont livrées à l'appréciation personnelle des premiers juges, la plupart du temps, il n'y aura pas matière à cassation et la jurisprudence ne sera sans doute jamais bien établie sur ce point.

2) Difficultés provenant d'opérations faites au cours du mariage par les époux.

Le fonds peut être réclaté à titre de propre par l'un des époux pour lui être advenu au cours du mariage par succession, legs ou donation, ou pour avoir été acquis à titre de remploi.

S'il n'a fait l'objet d'aucune opération pendant le mariage et se retrouve sans changement à la dissolution de la communauté, sa reprise ne soulèvera aucune objection, tout au moins pour les éléments incorporels. Mais que décider pour le ma-

tériel qui aura presque toujours été renouvelé et pour les marchandises.

Si les prescriptions légales des articles 1434 et 1435 n'ont pas été suivies, le matériel et les marchandises, achetés au cours de la communauté pour remplacer le matériel et les marchandises originaires, tomberont en communauté. Or, en l'espèce, la formalité du remploi est pratiquement impossible à remplir. On aboutit donc après un certain délai d'exploitation du fonds dans le cours de la communauté à cette situation bizarre que seuls les éléments incorporels du fonds appartiennent encore à l'époux apporteur, alors que le matériel et les marchandises dépendent de la communauté.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Paris, du 29 juin 1927, a décidé que la commandite en espèces et en marchandises apportées par le mari au cours du mariage, les formalités de remploi n'ayant pas été observées, étaient tombées en communauté à cause de sa nature fongible.

Si ce fonds propre est mis en société au cours du mariage, quelle sera la nature des droits sociaux, parts sociales, actions ou parts de commandite attribuées en échange ?

Seront-elles propres de plano où deviendront-elles

communes si les formalités de remploi n'ont pas été remplies ?

Pour qu'il y ait lieu à remploi, il faut que la communauté ait encaissé une somme représentant la valeur du bien sorti du patrimoine de l'époux. Si, en échange du fonds mis en société, l'époux reçoit un certain nombre d'actions, il nous semble superflu de faire une constatation d'emploi, la communauté est restée complètement étrangère à l'opération et il ne peut y avoir aucune confusion entre les biens qui la composent et les actions représentatives de l'apport. Au surplus, le fonds, dans ce cas, n'est pas absolument aliéné, l'apporteur a sur lui un droit de propriété représenté par ses actions ou par ses parts sociales. La communauté ne peut être rendue débitrice d'une somme qu'elle n'a jamais encaissé, somme qui n'est, d'ailleurs, jamais représentée par des deniers dont la nature fongible seule, nécessite la formalité du remploi.

D'ailleurs, même en cas de vente d'un bien propre, si le prix n'a pas été payé à la dissolution de la communauté, il est admis par tout le monde que l'époux vendeur en exerce la reprise en nature. Sa créance lui reste propre, de même les actions et parts sociales doivent-elles rester propres à l'époux apporteur.

II

ANALYSE ET EFFETS DE LA CLAUSE

§ 1^{er}

**But et caractère de la clause
lorsque le fonds est propre au prédécédé.**

Le fonds étant propre au prédécédé, le but de la clause de reprise ne diffère pas, elle permet à l'époux survivant de profiter des mêmes avantages que lui donnerait la clause s'appliquant à un fonds commun.

Son caractère n'est pas non plus différent, elle est toujours aléatoire et réciproque. On peut évidemment lorsque les époux sont mariés depuis un certain nombre d'années, prévoir celui auquel elle peut éventuellement profiter, mais au jour où le contrat de mariage est signé, il est difficile de dire avec certitude auquel des conjoints pourra profiter dans l'avenir la clause de reprise du fonds. Le conjoint qui apporte en se mariant, soit un fonds de commerce dans le contrat, soit l'espérance d'en recueillir un plus tard, peut le vendre, le mettre en société et ne pas faire d'emploi.

L'autre époux peut, au contraire, acquérir un fonds en remploi de biens propres, reprendre un commerce que lui aura laissé un parent prématuré-

ment décédé. Et à la dissolution de la communauté, ce sera l'époux non commerçant lors du mariage qui sera peut-être propriétaire d'un fonds.

La clause conserve donc son utilité pour les deux époux, elle est toujours réciproque, et bien entendu toujours aléatoire.

Nature de la clause lorsque le fonds est propre.

Si apparemment la clause n'a pas changé, sa nature n'en est pas moins transformée, nous avons dit qu'elle ne pouvait plus être considérée comme une convention de mariage et entre associés. Le droit d'option qu'elle donne à l'époux survivant n'a plus pour but un partage, mais un transfert de propriété d'un patrimoine dans un autre, c'est-à-dire, qu'elle ne peut plus être qu'une donation ou une vente. Comme ses modalités sont toujours les mêmes que lorsqu'il s'agit d'un fonds commun, elle pourra être à titre gratuit, totalement ou partiellement, ou à titre onéreux lorsque le survivant devra indemniser la succession de la totalité de la valeur du fonds.

Nous examinerons la nature de la clause lorsqu'elle est à titre gratuit, partiellement ou totalement, puis lorsqu'elle est à titre onéreux.

§ 2

La clause autorise le prélèvement du fonds propre à titre entièrement ou partiellement gratuit.

Lorsque l'option du conjoint survivant lui est accordée par la clause de reprise sur le fonds propre, au prédécédé à titre gratuit, le fonds passe du patrimoine du défunt dans celui de l'époux survivant si ce dernier opte pour la conservation sans qu'il y ait rien à déboursier. C'est là le signe évident de la libéralité.

Mais de quelle nature est cette libéralité ?

Ce n'est pas une donation pure et simple, comme en stipulent fréquemment les contrats de mariage. Une telle donation produit immédiatement ses effets, alors que l'option n'est donnée au bénéficiaire que sous la double condition qu'il survive à son conjoint et que celui-ci laisse dans sa succession un fonds de commerce.

Est-ce une donation à cause de mort, telle qu'elle résulte des articles 1082 et 1093 du Code Civil ?

Les auteurs et la jurisprudence sont d'accord pour la considérer comme ayant cette nature : institution contractuelle pure et simple lorsqu'elle est à titre gratuit, avec charge lorsqu'elle prévoit

le paiement d'une partie des éléments du fonds par le conjoint bénéficiaire (1).

Cependant, il n'y a pas une analogie complète entre l'institution contractuelle et la clause de reprise d'un fonds propre à titre gratuit. Dans l'institution contractuelle, le bien lui-même fait l'objet de la libéralité et par le seul évènement du prédécès de l'instituant, l'institué se trouve avoir la propriété de ce bien. Avec la clause de reprise, l'époux survivant n'est pas de plein droit, propriétaire du fonds, il faut qu'il fasse connaître son intention, soit expressément, soit tacitement en laissant s'écouler le délai qui lui est imparti par le contrat. Il ne lui a pas été donné le fonds même, mais seulement un droit sur ce fonds, qu'il est libre d'exercer ou de répudier, qu'il peut évidemment opposer aux héritiers de son conjoint, mais seulement comme une charge successorale.

Le conjoint survivant usant de ce droit, les héritiers de l'autre doivent lui abandonner le fonds, sous les seules conditions de la clause et dans la mesure où ces conditions ne sont pas contraires aux dispositions impératives de la loi, notamment celles déterminées par les art. 826, 1094 et 1098.

(1) Planiol et Ripert, *op. cit.*, T. VIII, n° 95. — Capitant, *op. cit.*, p. 53. — Nast, *Répert. pratique du Notariat et de l'Enregistrement*, art. 21.939. — Paris, 4 juillet 1924, D. H., 1924-611. — Seine, 28 mars 1930, *Gaz. Palais*, 7 mars 1931, sous note.

Le fonds ne sera pas pris directement par le conjoint survivant dans la masse successorale comme cela aurait lieu s'il s'agissait d'une institution contractuelle, mais il lui est remis par les héritiers tenus d'exécuter la charge qui leur a été imposée.

La clause doit se décomposer en deux actes : l'un entre les futurs époux par lequel le propriétaire du fonds (incertain au jour du contrat) donne à son futur conjoint le droit de le prélever dans sa succession sous condition de survie, et l'autre entre le survivant et les héritiers du prédécédé, par lequel ceux-ci lui remettent le fonds sous les conditions indiquées par la clause, et comme charge à eux imposée par leur auteur. C'est-à-dire, qu'il y a, d'une part, donation sous condition par chacun des conjoints à l'autre, irrévocable et prenant date du jour du contrat, et, d'autre part, un acte de transfert du fonds par les héritiers au survivant, acte qui lorsque la clause est à titre gratuit partiellement ou entièrement, constitue pour le bénéficiaire, un avantage dont la valeur est égale à la perte subie par les héritiers.

De ce double caractère de la clause, il résultera les effets suivants :

1°) Entre les époux, ceux d'une donation, c'est-à-dire possibilité de révocation pour ingratitude et également en cas de divorce ou de séparation de corps prononcés contre le survivant. Et aussi

possibilité pour le conjoint, propriétaire du fonds, de disposer gratuitement du fonds à lui propre, sans déroger à l'art. 1083 du C. C. car le fonds ne fait pas l'objet même de la donation, ce n'est que la faculté de prélèvement qui en est l'objet.

2°) Entre les héritiers et l'époux survivant, l'avantage que ce dernier retire du droit qui lui a été donné s'imputera sur la quotité disponible, cet avantage sera calculé d'après la perte subie par les héritiers, c'est-à-dire qu'il faudra pour le déterminer, faire seulement intervenir la partie du fonds prélevée gratuitement.

Si la valeur du fonds est de cent mille francs, et si le conjoint survivant n'a été tenu d'indemniser les héritiers que la valeur des éléments incorporels évalués à cinquante mille francs, la perte subie par ceux-ci n'est que de cinquante mille francs, somme qui sera seule imputée sur la quotité disponible.

Au cas où l'avantage dépassera la quotité disponible, il y aura réduction à due concurrence, et si les parties ne peuvent s'entendre sur cette réduction, le fonds devra être licité et le prix de licitation sera partagé entre les parties proportionnellement aux droits qu'elles avaient sur le fonds.

Ainsi que nous l'avons indiqué, la doctrine et la jurisprudence préfèrent considérer la clause com-

me formant un tout, et l'assimiler à une institution contractuelle.

Seuls, à notre connaissance, deux auteurs, tous deux de nationalité belge, ont soutenu une opinion analogue à la nôtre. M. Van den Bossche (1) et M. Van de Vorst (2), opinion qui est d'ailleurs conforme à la jurisprudence consacrée par la Cour de Bruxelles.

En adoptant la théorie de l'institution contractuelle lorsque la clause autorise la reprise, à titre gratuit, du fonds propre au prédécédé, on est forcé logiquement à conserver cette théorie lorsque la clause est à titre entièrement onéreux, et on se heurte alors aux plus grandes difficultés, aussi bien lorsqu'on conclut à sa validité que lorsqu'on la discute.

§ 2

La Clause autorise le prélèvement du fonds moyennant une indemnité égale à sa valeur.

Lorsque le conjoint optant est tenu par la clause qui lui donne son droit d'indemniser les héritiers du prédécédé de la totalité de la valeur du fonds, quelle est la nature de son droit ?

(1) Flandre judiciaire, 1902, p. 146.

(2) Revue pratique du Notariat belge.

La doctrine et la jurisprudence qui, sauf quelques décisions d'espèce rendues en matière fiscale n'avaient guère eu l'occasion de toucher à ce sujet, sont aujourd'hui profondément divisées. Nous allons examiner la théorie d'après laquelle la clause serait nulle et les arguments des défenseurs de sa validité.

III

LES THÉORIES EN PRÉSENCE

§ 1^{er}

**Théorie d'après laquelle serait nulle la clause
de reprise du fonds propre
moyennant indemnité totale de sa valeur.**

D'après cette théorie, la clause change de nature lorsqu'elle impose au conjoint survivant l'obligation de payer l'intégralité de la valeur du fonds. Il ne saurait dit-on, y avoir dans ce cas, libéralité, même avec charges, puisque le caractère distinctif de la libéralité qui est un enrichissement du donataire corrélatif à l'appauvrissement du donateur, n'existe plus. L'époux survivant ne bénéficie plus d'aucun avantage, étant obligé de rendre précisément la valeur de ce qu'il reçoit. La clause ne pouvant donc

pas s'analyser en une libéralité doit en conséquence être à titre onéreux et plus particulièrement, elle est une promesse de vente sous la condition suspensive de la survie du conjoint.

Ne pouvant se réaliser qu'au décès de l'un des contractants, et partant sur un bien dépendant de sa succession, cette promesse de vente constitue dans ses effets un pacte sur succession future et comme telle doit être considérée comme nulle par application des articles 1130 et 1600 du Code Civil.

En outre, si même on écarte provisoirement cette première cause de nullité, dans le cas où le défunt laisse des héritiers réservataires, on en trouve une deuxième en ce que la clause de reprise viole la règle de l'art. 826. Elle s'oppose, en effet, au droit des réservataires de recevoir leur réserve en nature, droit prohibé par les dispositions impératives de cet article.

De sorte que la nullité qui frappe la clause de reprise dans le cas envisagé est d'ordre public, qu'on ne peut la ratifier par acte ultérieur, et l'action pour l'invoquer ne se prescrit qu'au bout de trente ans.

Telle est l'opinion d'une partie de la jurisprudence, opinion qui a été manifestée d'abord par le Tribunal Civil de Rouen dans un jugement du 5 avril 1921, confirmé par arrêt de la Cour du 15

décembre 1922 (1), suivie par divers autres jugements ou arrêts, notamment du Tribunal Civil de la Seine du 24 décembre 1928 (cassé d'ailleurs par un arrêt de la Cour du 21 février 1930) et de la Cour d'Amiens, du 27 juin 1928.

Monsieur Capitant (2) et M. Vialleton (3) ont apporté à cette théorie, l'appui de leur autorité, alors que la majeure partie de la doctrine s'élevait contre ses résultats (4) ainsi que les représentants du Notariat (5).

§ 2

Théories admettant la validité de la clause.

Les auteurs admettant la validité de la clause peuvent être réunis en deux groupes :

Ceux qui la considèrent comme une institution contractuelle avec charge,

et ceux qui estiment qu'elle change de nature et constitue une libéralité portant sur le droit d'option seulement.

(1) D. P., 23-11-1 et note de M. Capitant.

(2) Note précitée et article Rev. crit. de Législ. et de Jurisp. 1927, p. 21.

(3) Rev. crit. de législ. et de jurispr., 1924, p. 405.

(4) Nast, Rev. crit. de législ. et de jurispr., 1924, p. 528. — Répert. du Not. et de l'Enregistr., 1928, n° 4, art. 21.939. — Savastier, Répert. du Not. et de l'Enregistr., 1929, n° 7, art. 21.997. — Geny, Semaine jurid., 1928, p. 697 et 729, Notes Sirey, 1928-11-33.

(5) Ch. Defrenois, Répert. Not. et Enregistr., art. 19.725. — Fauvel, Journal des Notaires, 1922, p. 653, art. 19.629. — Besnard, Revue du Notariat et de l'Enregistrement, 1923.

1) Théories d'après lesquelles la clause se résout en une institution contractuelle avec charge.

Les auteurs qui admettent la validité de la clause de reprise soutiennent leur opinion de façons différentes pour aboutir aux mêmes conclusions, savoir que la clause est valable, même lorsque le survivant doit indemniser la succession de la valeur du fonds, car même alors elle constitue une donation de biens à venir avec charges.

Monsieur Nast, dans un article de la Revue critique de Législation et de Jurisprudence (1), donne comme principal argument, la validité non contestée d'un legs particulier, même lorsque la charge imposée au légataire est égale ou supérieure à la valeur du bien légué.

« Pourquoi » dit-il, « ce qui est permis par le testament et à titre révocable, ne le serait-il pas par donation de biens à venir et à titre irrévocable. »

La nature du legs et celle de la donation de biens à venir, étant semblables, ce qui est permis pour l'un, ne peut être interdit dans l'autre. L'erreur de la Cour de Rouen consiste à voir un changement dans la nature de la clause lorsqu'elle est à titre entièrement onéreux, alors que cette nature

(1) 1924, p., 528.

par cette seule différence ne peut pas plus changer que ne change celle d'un legs grevé d'une charge semblable.

Monsieur Capitant (1) considère cette objection comme la plus sérieuse de celles qui ont été opposées à la théorie de la nullité. Pour la réfuter, il fait observer qu'une disposition de cette nature n'est plus un legs, mais une promesse de vente imposée par le testateur à ses héritiers. C'est une disposition à titre onéreux, parfaitement valable dans un testament, mais qui, précisément à cause de son caractère onéreux, ne l'est plus dans un acte entre vifs, parce qu'elle est prohibée par les art. 1130 et 1600 du C. C. Le testament étant le seul mode de disposer de sa succession accordé par la loi, puisqu'il ne prend effet qu'après le décès du testateur, c'est-à-dire lorsque la succession est ouverte, la validité des conventions à titre onéreux qu'il peut contenir est certaine. Mais les art. 1130 et 1600 ne font aucune réserve et prohibent « tous les pactes et conventions (les deux mots sont synonymes) ayant pour objets les choses qui feront partie d'une succession non encore ouverte » (2).

M. Nast, de même que M. Geny (3), donne encore comme argument qu'on ne rencontre pas ici

(1) *Op. cit.*, p. 63.

(2) Capitant, *op. cit.*, p. 66.

(3) *Op. cit.*

l'élément vraiment caractéristique du pacte sur succession future, c'est-à-dire, l'attribution au bénéficiaire de la promesse d'un droit successif, le promettant ne passerait qu'un avant contrat qui lie ses héritiers d'une manière irrévocable et dont les effets seraient reportés après son décès.

M. Capitant réfute cette autre objection en observant qu'avec un tel raisonnement, on aboutirait à valider tous les pactes sur succession future qui ne sont évidemment conclus que sous la condition de survie du bénéficiaire.

Toutes les autres critiques qui ont été faites à la théorie de M. Capitant et de la Cour de Rouen ne posent pas de principe général sur lequel puisse être étayé un développement juridique complet. Elle attaquent indirectement l'opinion adverse en cherchant surtout à la mettre en contradiction dans ses détails avec des situations analogues, dont la solidité n'est plus à établir. M. Capitant les réfute avec netteté et logique dans son article précité de la Revue critique de législation. Nous n'insisterons pas sur ce point, n'ayant rien à ajouter à ses conclusions.

2) Examen de la jurisprudence.

La jurisprudence ne donne pas plus de précision que la doctrine. Ses décisions sont ou contradictoires ou en dehors de la question.

Toutes les décisions ayant annulé la clause de reprise, s'appuient sur les motifs qui avaient été invoqués déjà par la Cour de Rouen dans son arrêt du 15 décembre 1922, et elles concluent par la violation des dispositions d'ordre public des art. 1130 et 1600 d'une part, et de l'art. 826 d'autre part, encore qu'il paraisse assez étrange de les invoquer simultanément. Si, en effet, la clause est nulle comme pacte sur succession future, acte à titre onéreux, on ne peut exciper par surcroît de l'art. 826 qui ne vise que les dispositions à titre gratuit.

Un autre jugement rendu par le Tribunal Civil de la Seine, le 4 juillet 1924 (1), a admis la validité de la clause, mais dans des termes tels qu'on ne saurait en tirer aucune règle générale. Il s'agissait d'ailleurs, en l'espèce d'une clause de reprise moyennant le paiement, non pas de la totalité de la valeur du fonds, mais seulement de la valeur de certains éléments, le droit au bail, notamment étant repris sans indemnité. La nullité en avait été demandée comme contrevenant aux articles 791 et 1130 du C. C. Le Tribunal, suivant en cela l'avis unanime de la doctrine que nous avons exposé précédemment, a repoussé la demande, la clause n'étant qu'une libéralité avec charges. Il ajoute, sans d'ailleurs que cela paraisse bien nécessaire, que pour qu'il y ait pacte sur succession future, il faut trois conditions : « le pacte doit être

(1) D. H. 1924-611.

fait dans la prévision de l'ouverture d'une succession, c'est-à-dire, avoir pour but direct le règlement de cette succession. La chose, objet du Pacte, doit se trouver dans cette succession. Il faut, enfin, qu'elle soit considérée comme devant appartenir au promettant à titre successif. Attendu, continue-t-il, « qu'aucune de ces conditions ne se trouve dans la clause litigieuse ; qu'il n'apparaît nullement en premier lieu que le but direct et principal de la stipulation ait été manifestement de traiter sur la succession non ouverte ; qu'il n'est pas possible en second lieu de considérer le fonds de commerce exploité comme faisant partie de la succession ; qu'il résulte, en effet, du texte même de la clause que le survivant aurait le droit, non d'acheter le fonds à la succession, mais de le conserver, et que par application de l'art. 1179 C. Civ., l'exercice du droit consenti à la dame veuve Girardot devait rétroagir au jour du décès ; que la troisième condition ne se trouve pas davantage réalisée, le fonds de commerce ne pouvant en l'espèce être considéré comme devant appartenir au promettant à titre successif. »

Ce ne sont là, malheureusement que des affirmations qui, nous semble-t-il, auraient besoin d'être appuyées par des explications précises. Que le but direct de la stipulation ne soit pas de traiter sur une succession non ouverte, cela est vrai si l'on

admet la théorie de l'avant contrat, et qu'il ne soit pas possible de considérer le fonds exploité comme faisant partie de la succession, cela quoique plus douteux, peut s'expliquer par l'effet rétroactif de l'option, mais il eut été préférable que le Tribunal donnât à ses affirmations une base à l'abri de la critique, au lieu de se contenter d'affirmations gratuites. On pourrait soutenir le contraire, en s'appuyant sur la réfutation de l'avant contrat faite par M. Capitant, et en remarquant que le fonds était bel et bien dans la succession, car rien à ce moment ne l'en avait fait sortir, la promesse de vente n'ayant pas d'effet rétroactif et la transmission du fonds n'ayant lieu qu'après le décès.

Le même Tribunal est d'ailleurs revenu sur ses principes, dans le jugement du 24 décembre 1928 (1) et adopte la jurisprudence de la Cour de

(1) Gaz. Palais, 20 février 1928, aff. Cremieux. Voici les attendus de ce jugement concernant la clause de reprise : « 2° Sur la clause dite de fonds commercial, industriel ou financier insérée au contrat de mariage. Attendu qu'une stipulation de cette nature en permettant au conjoint survivant de prendre dans la succession du « de cujus » le fonds de commerce appartenant en propre à celui-ci, à charge d'en payer la valeur, substitue au droit des héritiers de recueillir les biens en nature la remise d'une somme d'argent. Qu'elle contrevient donc à l'ordre légal des successions. Qu'en outre, elle présente les caractères, non d'une libéralité, mais d'une convention à titre onéreux, la veuve devant acquitter le prix de ce qu'elle reçoit ; ce qui est exclusif de toute intention de disposer gratuitement en sa faveur. Que la clause litigieuse s'analyse juridiquement en une promesse de vente qui ne produira son effet que si la condition prévue se réalise, c'est-à-dire, si l'époux propriétaire du fonds précède. Que c'est là un pacte sur succession future prohibé par l'art. 1130 C. Civ. Que la stipulation dont s'agit est donc nulle d'ordre public. »

Rouen. Ce jugement a été cassé par un arrêt de la Cour de Paris du 21 février 1930 (1). Là encore, on voit nettement combien la jurisprudence est hésitante sur la validité de la clause de reprise ; la Cour ne fait aucune allusion aux attendus des premiers juges et fait droit à la requête de la veuve qui demandait la validité en s'appuyant sur des motifs tout à fait différents. Il apparaît nettement qu'elle ne veut pas aborder de front la controverse et pour l'éviter, suit des voies détournées. Elle avait pourtant été nettement posée par M^r l'avocat général Dumas qui, dans ses conclusions, tendait à l'annulation de l'option faite par la veuve.

De cet examen de la jurisprudence à ce jour sur la validité de la clause, il résulte qu'on ne peut dégager de règle générale que dans le cas où une partie seulement du fonds est reprise moyennant indemnité, le surplus l'étant à titre gratuit. Dans ce cas, la jurisprudence et la doctrine sont d'accord pour considérer qu'il y a donation de biens à venir avec charges valable dans les limites de la quotité disponible.

Lorsque la quotité disponible est dépassée, y a-t-il simplement réduction avec paiement par le conjoint survivant de l'excédent, ou y a-t-il nullité

(1) Journal du Notariat, 10 mars 1930, et étude de M. Franck Deyzac.

de la clause comme contrevenant à l'art. 826 C. Civ., la jurisprudence comme la doctrine se divise et la question reste entière.

Elle reste également entière, lorsque l'indemnité est égale à la valeur du fonds, quoique la tendance actuelle de la jurisprudence soit de la considérer comme nulle. La Cour de Rouen, la Cour d'Amiens et le Tribunal Civil de la Seine sont partisans de la nullité, la Cour de Paris, dans son jugement du 21 février 1930 a montré son intention de conserver la neutralité, mais on ne peut dire qu'elle soit d'avis contraire.

3) Théorie d'après laquelle la clause de reprise du fonds propre au prédécédé s'analyse en une libéralité pure et simple du droit d'option.

Nous avons indiqué déjà que deux auteurs belges, MM. Van den Boosche et Van de Vorst, analysaient la clause de reprise lorsque le fonds est propre au prémourant avec indemnité totale de sa valeur par le conjoint survivant, comme étant une libéralité portant seulement sur le droit d'option, l'intention libérale serait évidente puisque ce droit est concédé à titre absolument gratuit.

Sans doute, à cause du nombre proportionnellement plus considérable en Belgique qu'en France, d'industriels et de commerçants, la clause de fonds

de commerce y a été plus vite et plus largement introduite dans la pratique et la jurisprudence belge a eu à connaître du même problème avant la jurisprudence française qui pendant longtemps n'a eu à régler que des litiges soulevés principalement en matière fiscale. De nombreuses décisions judiciaires ont été rendues en cette matière par les tribunaux belges (1).

D'après M. Van de Vorst (2), le droit concédé au conjoint survivant est une créance contre la succession « *jus ad rem obtinendam* » valeur immatérielle non évaluable mais réelle, valeur de convenance que l'option du survivant fait perdre, à son propre avantage, aux héritiers du prémourant. Ce droit est accordé sans contreprestation, il n'est donc pas vendu, et ne peut tomber sous le coup de la prohibition des pactes sur succession future.

M. Van de Vorst signale un attendu du jugement rendu le 14 janvier 1907, par la Cour de Belgique : « Le droit de reprise pris en lui-même, et abstraction faite de l'influence que son exercice peut avoir sur les biens à partager, envisagés au seul point de vue de leur valeur, constitue un

(1) Gand, 4 mars 1908, *Revue du Notariat belge*, 1908, p. 218.
— C. de Cass. Belgique, 7 juin 1906, *Rev. Not. belge*, 1906, p. 126.
— Gand, 13 février 1907, *Rev.*, 1908, p. 460. — Bruges, 20 juin 1907, *Rev.* 1907, p. 626.

(2) Etude publiée dans le *Journal du Notariat*, 10 juillet 1930.

avantage sans équivalent et par suite concédé à titre gratuit ».

La valeur de convenance, de sentiment, est attachée au droit d'option du survivant qui la concrétise par son option (1).

M. Capitant a signalé cette objection dans son article précité et la repousse en observant qu'envisager ainsi toute promesse de vente deviendrait une libéralité, ce qui, à son avis, ne peut être admis.

Personnellement, nous estimons au contraire qu'une promesse de vente est un véritable don, qui est d'ailleurs apprécié à sa valeur par ceux qui l'obtiennent. Le caractère de libéralité n'est pas mis en évidence parce que les transactions faites sur de telles promesses pour des raisons fiscales ou commerciales, restent le plus souvent occultes. Mais leur valeur apparaît bien lorsqu'il s'agit de mettre en vente un bien grevé d'un droit d'option. Il sera pratiquement impossible de lui trouver un acquéreur. Inversement, un bail avec promesse de vente trouvera facilement preneur. C'est bien là la manifestation évidente, la concrétisation de la valeur de convenance qui ne saurait être déniée pratiquement.

L'objection que l'on peut opposer à cette théorie c'est qu'une telle valeur n'est pas prise en con-

(1) Cet argument a été également présenté par M. Franck Deyzac, *Journal du Notariat*, 1930, p. 97.

sidération par la jurisprudence. Seul, l'avantage pécuniaire pouvant être estimé en espèces, retient l'attention des tribunaux. La jurisprudence est bien fixée en ce sens, avec raison d'ailleurs, car la reconnaissance de la valeur de convenance serait trop extensive, conduirait à des abus et serait la source d'innombrables conflits.

Nous croyons cependant que la distinction que fait M. Van de Vorst entre le droit d'option, donné gratuitement, et l'exercice du droit de reprise imposé aux héritiers doit être retenu, et nous nous proposons de la développer.

Quelle est la valeur des théories en présence ?

Nous nous trouvons, d'une part, en face d'une théorie brillamment réfutée par M. Capitant, celle qui consiste à voir dans la clause une libéralité avec charge assimilable à un legs et d'autre part en face de la théorie soutenue par M. Capitant et admise, semble-t-il, par la jurisprudence qui ne voit dans la clause qu'un pacte sur succession future.

Cette dernière théorie qui procède d'une suite de raisonnements d'une logique parfaite conduit cependant à des résultats absolument illogiques.

Comment admettre que la clause est valable si le fonds est repris moyennant une indemnité égale à la quasi-totalité de sa valeur, alors qu'on la condamne lorsqu'elle impose le paiement du tout ?

Elle est en effet considérée comme valable dès lors qu'une intention libérale se manifeste d'une façon certaine, c'est-à-dire, exprimable en chiffres. Ainsi, le conjoint survivant pourra valablement reprendre moyennant une indemnité égale aux neuf dixièmes de sa valeur, un fonds dépendant de la succession du prédécédé, alors qu'il ne le pourra plus s'il doit payer l'intégralité de cette valeur. A partir de quel chiffre l'intention libérale devra-t-elle être considérée comme nettement exprimée et la clause être présumée faite pour violer la prohibition des pactes sur successions futures ?

Au lieu d'arriver à poser une règle générale, cette théorie aboutit à des cas d'espèce qui, si les parties ne peuvent s'entendre, feront l'objet d'autant de litiges.

Et si l'on veut appliquer malgré tout d'une façon rigoureuse, mathématique, la théorie de l'avantage pécuniaire, elle demeurera lettre morte, à cause de la facilité avec laquelle elle pourra être tournée.

CHAPITRE III

PROPOSITION D'UNE NOUVELLE ANALYSE DE LA CLAUSE DE REPRISE DU FONDS PROPRE

Si les théories que nous avons examinées ne peuvent donner de résultats satisfaisants, c'est à notre avis qu'elles envisagent la clause de reprise du fonds propre d'une façon trop étroite.

Lorsque le fonds est repris à titre gratuit, entièrement ou pour partie, l'accord est complet pour considérer la clause comme valable, c'est de l'avis unanime une libéralité, donation de biens à venir avec ou sans charges.

Comment se fait-il que, partant de la même base, un fossé aussi profond sépare la doctrine lorsque la clause dévient à titre onéreux ? Une telle divergence d'opinion ne paraît explicable que par la

façon dont la clause est analysée dans le premier cas. Si cette analyse était absolument logique, ses conséquences devraient l'être et ne sauraient tirer à des conclusions différentes.

Ces théories voient dans la clause de reprise du fonds propre à titre gratuit une institution contractuelle portant sur le fonds lui-même. En réalité, il n'y a rien de tel, la clause ne dit pas que le fonds devra être prélevé par le conjoint survivant, elle lui donne simplement un droit d'option en cas de survie. Et les modalités de la reprise que fixe la même clause sont absolument distinctes et ne doivent pas être confondues avec le droit lui-même.

Si donc, on n'envisage que le droit donné au survivant et si on le définit d'une façon indépendante sans le subordonner aux modalités de la clause, les conséquences de cette définition seront les mêmes dans tous les cas.

Nous voyons dans la clause de reprise, deux parties différentes, l'une et la principale, par laquelle le propriétaire du fonds donne à son conjoint au cas où il lui survivrait le droit de prélever le fonds si bon lui semble; l'autre, accessoire et sans lien avec la précédente, qui n'a pour utilité que d'indiquer la façon dont la reprise devra se faire, d'en fixer dans le détail les modalités.

L'erreur première nous paraît être d'avoir inti-

mement lié le droit donné avec l'exercice de ce droit et d'en avoir fait une analyse conjointe. Il en est résulté que lorsque l'exercice du droit a été affecté d'un vice on a été amené naturellement à croire que le droit en était lui aussi affecté.

Aucun droit n'est illimité dans ses effets qui sont toujours arrêtés soit par des dispositions spéciales de la loi, soit par une interdiction jurisprudentielle, telle la théorie de l'abus de droit.

Mais entre limiter les effets du droit et dire que ce droit n'existe plus, il y a une différence qui dans notre espèce ne nous paraît pas avoir été remarquée.

Lorsque le conjoint bénéficiaire veut user de son droit pour prélever le fonds dans la réserve des héritiers du prédécédé, il dépasse évidemment les bornes qu'impose l'art. 826 à l'exercice de son droit, mais il ne sera pas possible de soutenir que ce droit n'existe plus, il voit seulement ses effets limités par une disposition légale.

Et lorsque ce même conjoint doit indemniser les héritiers de la valeur entière du fonds qu'il prélève, peut-on dire que ce droit est limité par les dispositions des articles 1130 et 1600 ? Certainement non, puisqu'il lui a été donné sans qu'il ait rien déboursé, sans que le donateur ait rien reçu.

Si le promettant avait donné un tel droit moyennant le paiement d'une somme déterminée, qu'il aurait encaissée, il y aurait eu réellement vente

d'un bien de sa succession prohibée par la loi. Le droit du bénéficiaire étant sans valeur, il ne pourrait produire aucun effet.

Mais le prélèvement de l'époux bénéficiaire effectué en vertu d'un droit donné sans équivalent, c'est-à-dire en vertu d'une libéralité, ne peut être interdit en invoquant les art. 1130 et 1600 C. C., puis qu'il n'est que la manifestation extérieure de ce droit.

Nous avons dit que l'exercice du droit pouvait être limité par des dispositions légales ou jurisprudentielles, mais ces dispositions sont uniquement objectives, si elles étaient subjectives, elles supprimeraient le droit même, ce qui n'est pas.

Objections que l'on peut faire à notre thèse.

Peut-on dire que lorsque le conjoint bénéficiaire exerce son droit vis-à-vis des héritiers du prédécédé, on puisse limiter l'exercice de ce droit par application des règles prohibant les pactes sur succession future ? Certainement pas, car ces règles ne peuvent viser que les actes faits par le défunt. Or l'exercice du droit de prélèvement n'a lieu qu'entre les parties présentes, c'est-à-dire, le conjoint survivant et les héritiers. La volonté du défunt ne s'est manifestée qu'une fois, lorsqu'il a donné par le contrat de mariage le droit à son époux de préle-

ver le fonds, tout ce qui par la suite peut concerner ce fonds lui est étranger.

Et il ne faut pas en conclure que l'on peut valider ainsi tous les pactes sur succession future, car, si le droit est donné par un acte autre que le contrat de mariage ou entre époux par actes séparés, il est sans valeur et ses effets le sont aussi.

M. Van den Boosche, dans son article précité de la Flandre judiciaire, avait, nous l'avons vu, émis l'opinion que la donation avait pour objet, non le fonds lui-même, mais « la faculté de prélèvement ».

M. Capitant (1) l'a repoussée en disant que ce raisonnement prêtait à équivoque : « Le droit d'option », dit-il, « ou faculté de prélèvement n'est pas par lui-même une libéralité ; tout dépend du point de savoir s'il est accordé à titre gratuit ou à titre onéreux. Dans ce dernier cas, il ne constitue pas une donation. En poussant l'argument jusqu'au bout, il faudrait dire que dans toute promesse de vente, il y a donation du droit d'option et que l'obligation de payer le prix en est la charge ».

Notre théorie étant analogue sur ce point à celle ainsi critiquée, l'objection l'atteint également.

D'abord, comme nous l'avons fait remarquer, M. Capitant, avec la modalité onéreuse du prélève-

(1) Op. cit., p. 62.

ment, assimile le droit d'option. Ensuite, il dénie à ce droit le caractère de libéralité.

A notre avis, il y a là une nouvelle confusion entre le droit d'option et l'exercice de ce droit, c'est-à-dire, la reprise du fonds. Mais en supposant que M. Capitant vise seulement le droit d'option, devons-nous conclure avec lui qu'il ne constitue pas une libéralité, ou ce qui revient au même, qu'il n'a pas de valeur ?

Nous avons cité plus haut un arrêt de la Cour de Cassation du 24 janvier 1928 (1) qui a déclaré nulle comme constituant un pacte sur succession future la convention par laquelle les acquéreurs par indivis d'un domaine rural avaient stipulé que lors des décès successifs de chacun d'eux la part des prédécédés dans le bien commun reviendrait aux survivants et que le dernier de ceux-ci serait propriétaire de la totalité. Voici comment la Cour a analysé cette stipulation : « Mais attendu que toute donation implique nécessairement que le disposant se dépouille de la chose donnée sans rien recevoir en échange, ou du moins sans recevoir un équivalent qui fasse disparaître la gratuité essentielle du contrat ; que par la clause litigieuse, chacun des contractants n'a consenti à abandonner à ses co-acquéreurs un avantage conditionnel déter-

(1) D. H., 1928-114.

miné qu'en échange de l'avantage identique que ceux-ci lui accordaient ; que cette clause constitue donc un contrat commutatif, aléatoire sans doute, mais qui exclut toute idée de donation ».

Si le droit d'option n'a pas une valeur propre et par conséquent ne peut faire l'objet d'une libéralité, en appliquant à la lettre le même raisonnement à la clause de reprise du fonds propre, avec ou sans indemnité, nous dirons que l'avantage de survie que chacun des époux abandonne à l'autre n'est que le prix du même abandon fait à son profit. Car on ne sait quel sera, au décès de l'un des époux, auquel appartiendra un fonds en propre. Et nous serons logiquement amené à conclure que toute clause de reprise du fonds propre, à quelque titre, gratuit ou onéreux, qu'il soit repris, est nulle comme pacte sur succession future.

En admettant, comme nous sommes d'avis de le faire, que le droit d'option à une valeur propre, la clause reprend son caractère de libéralité, et on évite de tomber dans l'impasse à laquelle mènerait le raisonnement contraire.

Conséquences de la nature proposée du droit d'option.

Le droit d'option ainsi analysé en une libéralité est valable en soi et ne voit ses effets restreints

que par des dispositions légales. Il y aura donc lieu à réduction lorsque ces effets tendront à priver les héritiers d'une partie de leur réserve, c'est-à-dire, affecteront leur part aussi bien en nature qu'en valeur. Mais, si par un partage, les héritiers ont accepté au lieu d'une réduction, une soulte ou une attribution complémentaire en biens de communauté, pour compenser l'excédent de la valeur du fonds sur la quotité disponible, ils ne sont plus fondés à réclamer ensuite la nullité de la clause comme touchant à leur réserve en nature. Les dispositions du Code sur ce point ne s'imposent pas aux parties qui peuvent y déroger valablement, notamment par un partage ou un pacte de famille.

Conséquence à l'égard des donations entre époux.

Comme conséquence également du caractère libéral du droit d'option en nous écartant de la clause de reprise insérée au contrat de mariage, indiquons que les donations entre époux à cause de mort d'un fonds de commerce, train de culture ou établissement industriel ou financier, dépendant de la communauté ou propre à l'un des époux moyennant indemnité, devront être considérés comme valables.

La jurisprudence et les auteurs qui voient dans la clause de reprise du fonds propre moyennant indemnité totale de la valeur par l'époux survi-

vant un pacte sur succession future ont considéré comme étant nul pour les mêmes causes le même avantage donné non plus par contrat de mariage mais par donation entre époux à charge de payer la valeur du fonds. Et leur théorie les a conduits beaucoup plus loin encore dans ce cas, car une telle donation doit être annulée qu'elle porte sur un fonds propre ou sur un fonds commun. En effet, lorsqu'elle a pour objet un fonds commun, elle ne peut plus être sauvée comme la clause du contrat de mariage par le caractère de convention entre associés. Ces conventions ne peuvent exister que dans le contrat de mariage, qui contient le pacte social, il ne saurait y être rien ajouté par la suite, car si des associés ordinaires peuvent d'un commun accord modifier le pacte primitif, le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales refuse le même droit aux associés conjugaux.

Un jugement du Tribunal de Rouen (1) du 19 juin 1929 a ainsi annulé une donation entre époux attribuant au donataire, la faculté de conserver, en cas de survie, l'exploitation agricole dépendant de leur communauté, par le même motif qu'il avait invoqué dans le jugement du 5 avril 1921, c'est-à-dire, comme étant un pacte sur succession future, le caractère libéral, élément essentiel de la donation faisant défaut.

(1) Répert. Not. et Enregistr., 15 sept. 1929, art. 22.130.

L'erreur est la même dans les deux jugements et provient de l'assimilation du droit d'option et du mode imposé aux héritiers de l'exercice de ce droit.

Supposons que les époux se soient fait une donation réciproque de cette même exploitation sans stipuler aucune charge et que le prémourant par testament ait stipulé le mode onéreux de son exécution, aucun doute n'aurait pu être élevé contre la validité et de la donation et de la disposition testamentaire, il est absolument illogique d'annuler le tout parce qu'il est réuni dans le même acte. On évite ce résultat en analysant la donation dans ce cas, comme lorsqu'elle incluse dans le contrat de mariage comme une libéralité au premier chef, portant sur le droit d'option implicitement donné au survivant, car il est libre d'accepter ou de répudier la donation.

Conséquences au point de vue fiscal

La clause de reprise ne donnant au survivant qu'un droit inévaluable, il ne saurait être question de le taxer au titre des droits de mutation par décès, mais le fonds étant dans la succession devra être compris dans la masse successorale pour le calcul de l'actif imposable. De sorte que si l'estimation quoique acceptée par les héritiers ne l'est

pas, ce qui arrive souvent, par l'Administration de l'Enregistrement, cette dernière pourra, sauf contre expertise, exiger un forcément sur lequel un complément du droit sera perçu (1). Lors de l'enregistrement de l'acte constatant l'option, ou après l'expiration du délai donné par le contrat au conjoint survivant pour la faire, le droit de vente sera perçu sur le montant de l'estimation des éléments dont l'époux bénéficiaire doit indemniser la succession. Lorsque ce dernier ne doit l'indemniser que d'une partie de ses éléments, le droit de vente sera perçu sur le montant de l'indemnité, et le droit de mutation par décès entre époux sera dû pour le surplus.

C'est là d'ailleurs le mode de perception que suit actuellement l'Administration de l'Enregistrement, elle se tient en dehors des litiges qui s'élèvent sur la validité de la clause, lorsqu'ils n'ont pas pour effet éventuel, une diminution de recettes. Il n'y aurait de sa part aucune objection à ce que le droit d'option soit considéré comme inévaluable et aucun litige ne serait à craindre de ce côté.

(1) Alors que dans le cas de reprise du fonds commun seule la transmission de la créance déterminée par l'évaluation des experts sera imposable. Le fonds n'ayant jamais fait partie de la succession, un forcément ne saurait être accepté. Nous devons noter cependant que la pratique administrative entend, même dans ce cas, imposer son estimation. A notre avis, cette prétention n'est pas fondée.

CONCLUSION

Nous n'avons pas eu pour but d'essayer de justifier la clause de reprise du fonds propre à l'époux prédécédé moyennant indemnité intégrale de sa valeur par le survivant à cause des avantages considérables qu'elle présente.

Cette clause est éminemment utile tant économiquement parce qu'elle évite la déperdition que risque toute entreprise commerciale ou agricole lorsqu'elle reste un certain temps sans maître, que socialement en permettant à son bénéficiaire, parfois même à toute une famille, de continuer le genre de vie qu'il avait jusque-là mené, en lui conservant son moyen de travail, c'est-à-dire d'existence.

Elle a, en outre, l'avantage de répondre exactement à la volonté du disposant, dont l'intention libérale, si sa manifestation est discutée, n'est mise en doute par personne.

Mais ce n'est pas pour ces motifs, unanimement reconnus, que nous avons proposé une théorie qui

permettrait son application sans heurter les règles formelles de notre législation. Les théories en présence, dans leurs conséquences extrêmes, conduisent, soit à une assimilation abusive d'actes juridiques essentiellement différents, soit à des résultats manifestement illogiques. Si ces mêmes théories reposaient sur des principes de droit exacts, leurs conséquences devraient l'être aussi. C'est pourquoi nous avons essayé de donner une base différente à la clause de reprise du fonds propre en partant du principe qu'un droit d'option a une valeur réelle, non appréciable, il est vrai, en espèces, mais facilement discernable en droit. Les conséquences que nous en avons tirées ne heurtent ni les dispositions impératives de la loi, ni la raison.

La Cour Suprême aura sans doute dans un proche avenir, à se prononcer sur le bien-fondé des droits acquis à ce jour et dont la validité est menacée par une jurisprudence nouvelle. Ce n'est pas de son autorité que nous attendons la fin de la controverse actuelle, mais de la façon dont elle la soutiendra.

APPENDICE

CLAUSE DE CONSERVATION D'ÉTABLISSEMENT INDUSTRIEL, COMMERCIAL, AGRICOLE OU DE DROITS SOCIAUX

Si, lors de la dissolution du mariage par le décès d'un époux, les futurs époux ou l'un d'eux exploitent un établissement commercial, industriel ou agricole, dépendant de la communauté (ou de la succession du prédécédé), le survivant d'eux aura le droit de conserver pour son compte personnel ledit établissement, ensemble les ustensibles, objets et marchandises (mobilier de ferme, instruments aratoires, chevaux, bestiaux, grains, fruits coupés ou pendants par branches ou racines et autres accessoires), qui en dépendraient, à la charge de tenir compte de la valeur dudit établissement et de ses

accessoires d'après la prisee qui en sera faite alors dans l'inventaire par un commissaire-priseur assisté de deux experts choisis par les parties ; ou, à défaut d'inventaire régulier, d'après l'estimation de deux experts choisis à l'amiable ou désignés sur simple requête de la partie la plus diligente, par le président du tribunal civil du domicile des époux ; lesquels experts, en cas de désaccord, pourront s'en adjoindre un troisième qui prononcera définitivement.

Si l'établissement est exploité en société, le survivant des époux aura la faculté de conserver, pour lui seul, à moins de stipulation contraire dans l'acte social, les droits de la communauté ou du prédécédé dans ladite société, pour leur valeur telle qu'elle résultera du dernier inventaire social qui aura précédé le décès et aura été établi à l'époque et dans les termes fixés par l'acte de société, sans qu'il y ait lieu à aucun compte pour les opérations postérieures audit inventaire qui seront activement et passivement pour l'époux survivant seul. S'il n'existait pas encore d'inventaire social, l'importance desdits droits serait déterminée de la manière qui aurait été prévue dans l'acte de société pour ce cas spécial ; et à défaut de stipulation de cette nature, lesdits droits seraient comptés pour le montant des capitaux ou valeurs mis en société par la communauté ou par l'un ou l'autre des époux, sans

qu'il y ait lieu d'établir aucun compte pour les bénéfices ou pertes qui seraient pour le survivant seul.

Le survivant imputera la valeur desdits droits ou établissements conservés, sur sa part dans la communauté, et, s'il y a lieu, dans la succession de l'époux prédécédé.

Et il aura pour s'acquitter de la somme qu'il pourrait encore devoir après cette imputation, le délai qui sera fixé sous l'article... ci-après (ou... terme et délai de... ci-après (ou... terme et délai après le décès du prémourant sans être tenu de fournir caution, mais à la charge d'en servir l'intérêt à 8 p. 100 à partir du même jour, payable par semestre. Toutefois, ce délai cesserait et la somme entière deviendrait exigible en cas de vente par le survivant, avant l'expiration de ces... années, de l'établissement ou des droits qu'il aurait conservés.

En usant de cette faculté, le survivant des époux aura seul droit au bail des lieux où s'exploitera l'établissement conservé, pour le temps qui restera à courir à la charge de tenir compte à la communauté des loyers payés d'avance, d'exécuter toutes les obligations qui pourront en résulter, et de payer les loyers à courir, de manière que les héritiers de l'époux prédécédé ne soient inquiétés en aucune manière à cet égard par qui que ce soit.

Si l'établissement se trouve exploité dans une maison dépendant de la communauté (ou appartenant à la succession de l'époux prédécédé) le survivant aura droit d'exiger qu'il lui soit fait un bail de neuf années au plus des lieux nécessaires à l'exploitation dudit établissement et à son habitation, moyennant le prix et sous les conditions qui seraient fixées soit à l'amiable, soit par des experts choisis par les parties ou nommés d'office de la manière sus-indiquée pour l'estimation dudit établissement.

Le survivant sera tenu de déclarer dans les trois mois qui suivront la clôture de l'inventaire ou de l'estimation s'il entend user des droits qui viennent de lui être réservés.

Et il est entendu que la future épouse profitera desdits droits, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce, et qu'il y ait ou non des enfants.

En cas de conservation de l'établissement commercial ou industriel par le survivant, les experts détermineront pendant quelle durée et la distance dans le rayon de laquelle les représentants du prédécédé ne pourront exercer semblable commerce ou industrie, ainsi que la durée de cette interdiction

Autre clause de conservation de droits sociaux.

En cas de dissolution de la communauté par le décès de l'un des époux, le survivant aura également la faculté de conserver pour son compte personnel et à son profit (à moins de stipulation contraire dans l'acte de société), tous les droits de la communauté ou du conjoint prédécédé dans toute société civile ou commerciale, pour la valeur desdits droits, telle qu'elle résultera du dernier inventaire social qui aura précédé le décès du prémourant sans qu'il y ait aucun compte pour les opérations postérieures audit inventaire, lesquelles seront activement et passivement pour l'époux seul usant de la faculté qui lui est accordée présentement.

Si le décès arrive avant que le premier inventaire social ait été fait, les droits seront évalués au montant des capitaux et valeurs mis en société par la communauté ou l'un ou l'autre des époux sans qu'il y ait à établir aucun compte pour les bénéfices ou pertes, lesquelles seraient pour le compte du survivant usant du bénéfice de la présente clause.

Le survivant des époux imputera la valeur desdits fonds ou établissement, des marchandises, matériel et objets mobiliers en dépendant ou des droits sociaux conservés, sur sa part de communauté et

dans la succession du survivant s'il y a lieu. Et il aura pour s'acquitter, etc.. (V. ci-dessus).

Délai en faveur du survivant.

Le survivant des époux aura terme et délai de... années, à compter du jour du décès du premier mourant, pour payer aux héritiers et représentants de ce dernier les sommes dont il pourrait être comptable envers eux, pour le cas de conservation de l'établissement ou des droits sociaux dont il est parlé sous l'art. 12, ou de conservation de mobilier, à la charge d'en servir l'intérêt à 7 p. 100 à partir du même jour, payable par semestre.

En cas de vente par l'époux survivant de l'établissement ou des droits conservés par lui, les sommes qu'il resterait devoir pour raison du fonds de commerce ou desdits droits deviendront immédiatement et de plein droit exigibles à compter du jour de la vente. Il en sera de même en cas de décès dudit survivant, ou de convol en secondes noces, ou encore de liquidation de l'établissement ou de cessation de l'exploitation.

Autre clause

I. — Cas de décès d'un des futurs époux sans association. — Les futurs époux conviennent que le survivant d'eux (la future épouse soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce)

pourra, si bon lui semble, conserver pour son compte personnel, tout établissement industriel, financier, agricole ou commercial faisant partie de la communauté, ou propre à l'époux prédécédé, qui, au jour du décès du prémourant, pourrait être exploité par les futurs époux ou l'un d'eux seul ; ensemble la clientèle, l'achalandage, les marchandises, matériel, le droit au bail et autres accessoires dépendant dudit établissement à la charge par ledit survivant :

De prendre ledit établissement avec les marchandises, matériel et accessoires en dépendant pour la valeur qui en sera fixée dans l'inventaire après le décès du prémourant par deux experts choisis amiablement par les parties ou nommés d'office par le président du Tribunal civil compétent, avec faculté pour lesdits experts de s'en adjoindre un troisième pour les départager en cas de désaccord.

Et de demeurer seul, tenu, à partir du jour du décès du prémourant, du paiement des loyers ainsi que de l'exécution des conditions du bail des lieux servant à l'exploitation dudit établissement.

Si ledit établissement était exploité dans un immeuble dépendant de la communauté ou propre à l'époux prédécédé, le survivant pourrait exiger qu'il lui soit passé bail des lieux occupés par ledit établissement et nécessaires à son habitation personnelle pour neuf années au moins, à compter du

décès de l'époux prémourant aux charges de droit et moyennant un loyer annuel et sous les conditions qui seront fixées à l'amiable, sinon par experts choisis ou nommés comme pour l'estimation de l'achalandage et accessoires.

L'époux survivant sera tenu de faire connaître son intention de bénéficier ou non de la présente clause dans les trois mois qui suivront le décès du prémourant, à défaut de quoi il sera réputé avoir opté pour la conservation dudit établissement et de ses accessoires aux conditions stipulées sous le présent article et l'effet en remontera au jour du décès du prémourant.

Si l'époux survivant n'optait pas, soit expressément, soit tacitement, pour la conservation dudit établissement aux conditions sus exprimées, il ne pourrait s'intéresser directement ou indirectement dans aucun établissement semblable dans une distance à fixer par experts choisis comme ci-dessus du lieu où ledit établissement serait exploité, à peine de tous dommages et intérêts vis-à-vis de la personne qui serait devenue acquéreur dudit établissement.

II. — Cas de décès d'un des époux au cours d'une association. — Dans le cas où les époux ou l'un d'eux auraient des droits comme associés dans un établissement industriel ou commercial quelconque, le survivant, en tant que les actes constitutifs de

la société n'y feraient pas obstacle, pourra les conserver pour lui seul, en tenant compte de l'importance desdits droits d'après le dernier inventaire social, sans que les héritiers et représentants de son conjoint puissent prétendre à aucune participation aux opérations faites postérieurement audit inventaire, mais seulement à l'intérêt, au taux légal commercial d'alors, de leur part depuis l'époque de l'inventaire.

L'époux survivant aura droit d'option expresse ou tacite pour conserver lesdits droits sociaux aux mêmes conditions que ci-dessus.

III. — Délai de remboursement. — En bénéficiant de la faculté qui lui est réservée sous les paragraphes précédents, le survivant devra imputer la valeur de l'établissement ou des droits sociaux par lui conservés sur les sommes qui lui reviendront en toute propriété et usufruit dans la communauté et dans la succession de l'époux prédécédé.

Il paiera le surplus s'il y en a aux héritiers et représentants de l'époux prédécédé dans le délai de.... ans, à partir du décès du prémourant et par... chaque année.

Il ne sera pas tenu de fournir caution et il ne devra aucun intérêt pendant les six premiers mois, mais à partir de l'expiration de ce délai, toute somme due produira des intérêt au taux légal commer-

cial d'alors payables en même temps que chaque fraction de capital.

Ce délai cessera soit en cas de vente ou mise en société dudit établissement ou cession des droits sociaux, soit en cas de convol du survivant, et tout ce que ledit survivant resterait devoir à l'époque de cet événement en toute propriété sur la valeur desdits établissements et droit sociaux, deviendrait de plein droit exigible à dater du jour de cet événement.

Il est expressément convenu que les stipulations contenues sous le présent article n'auront d'effet qu'au cas de dissolution de la communauté par décès de l'un des époux.

Vu : *Le Président*,
Georges RIPERT.

Vu : *Le Doyen*,
H. BERTHELEMY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLETY.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

<i>Définition, but et utilité de la clause de Commerce</i>	7
--	---

CHAPITRE I.

I

<i>De la nature des conventions matrimoniales.....</i>	13
--	----

II.

<i>Le Fonds dépend de la Communauté.....</i>	17
<i>Nature de la clause.....</i>	17

PARAGRAPHE 1.

<i>Ses effets en présence seulement d'enfants communs..</i>	21
<i>Dissolution de la Communauté par décès.....</i>	21
<i>Date à laquelle doit être faite l'estimation.....</i>	23
<i>Droit des créanciers sur le fonds.....</i>	25
<i>Cumul du bénéfice de l'option et de la quantité disponible</i>	27

PARAGRAPHE 2.

<i>De l'application de la clause à certain fonds de nature spéciale (officines et offices).....</i>	30
<i>Le bénéfice de la clause est-il transmissible....</i>	33

PARAGRAPHE 3.

Dissolution de la Communauté autrement que par décès	35
--	----

III.

<i>De l'application de la clause au cas où la femme renonce à la Communauté.</i>	
Nature de son droit.....	40

IV.

<i>Cas où il existe des enfants issus d'unions antérieures</i>	46
1°) La clause est à titre gratuit.....	48
2°) La clause est à titre entièrement onéreux	50
3°) La clause est à titre partiellement onéreux	52

CHAPITRE II.

LE FONDS APPARTIENT EN PROPRE A L'ÉPOUX PRÉDÉCÉDÉ....	55
---	----

I

<i>Détermination de la nature du fonds</i>	56
Difficultés provenant du contrat lui-même.....	56
Difficultés provenant d'opérations faites au cours du mariage par les époux.....	65

II.

<i>Analyse et effets de la clause</i>	68
---	----

PARAGRAPHE 1.

But et caractère de la clause lorsque le fonds est propre au prédécédé.	
Sa nature	69

PARAGRAPHE 2.

Prélèvements à titre gratuit.....	70
Ses effets.....	72

PARAGRAPHE 3.

<i>Prélèvement à titre onéreux.....</i>	74
---	----

III.

<i>Les théories en présence.....</i>	75
--------------------------------------	----

PARAGRAPHE 1.

Théorie d'après laquelle serait nulle la clause de reprise du fonds propre, moyennant indemnité égale à sa valeur.....	75
--	----

PARAGRAPHE 2.

Théorie admettant la validité de la clause.....	77
1°) Théorie d'après laquelle elle se résout en une institution contractuelle avec charges.....	78
2°) Examen de la jurisprudence.....	80
3°) Théorie d'après laquelle la clause est une libéralité pure et simple du droit d'option.....	85
Examen des théories en présence.....	88

CHAPITRE III.

PROPOSITION D'UNE NOUVELLE ANALYSE DE LA CLAUSE DE REPRISE DU FONDS PROPRE.....	91
---	----

La clause doit s'analyser en deux parties : donation du droit d'option d'une part, fixation des modalités de transmission du fonds d'autre part.

PARAGRAPHE 1.

Objections pouvant lui être faites.....	94
---	----

PARAGRAPHE 2.

Conséquences	97
Conséquences à l'égard des donations entre époux....	98
Conséquences au point de vue fiscal.....	100
Conclusion	102
Appendice. — Formules de clauses des reprises.....	105



IMPRIMERIE
DOURIEZ-BATAILLE
5 RUE JACQUEMARS-GIÉE
LILLE



